Die Abtretung der Verkehrshypothek nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Hermann Schmid
Referendar in Ulm.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1914.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547026_0084

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. A. Kurze begriffliche Gliederung der Grundpfandrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1

B. Abtretung der Verkehrshypothek nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 2. I. Prinzip der Untrennbarkeit von Forderung und Hypothek . 3

II. Voraussetzungen der Abtretung.

§ 3. 1. Allgemeines 8

§ 4. 2. Form der Abtretung bei der Briefhypothek 9

§ 5. 3. Form der Abtretung bei der Buchhypothek 21

III. Wirkungen der Abtretung.

§ 6. 1. Rechtsverhältnis zwischen altem und neuem Gläubiger . . 26

2. Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Schuldner einerseits, dem neuen Gläubiger andererseits.

a) Schutz des neuen Gläubigers im Hinblick auf die vor der Abtretung dem alten Gläubiger gegenüber bestehenden Einwendungen und Einreden.

§ 7. α) Allgemeines 27

§ 8. β) Bei der Buchhypothek 32

§ 9. γ) Briefhypothek 39

§ 10. b) Schutz des neuen Gläubigers im Hinblick auf Ereignisse nach der Abtretung 69

§ 11. c) Schutz des Eigentümers und des persönlichen Schuldners 73

§ 12. IV. Teilabtretung 88

§ 13. V. Abtretung der Hypothek für Nebenforderungen 92

Literaturverzeichnis.

Best, Das Grundbuch- und Hypothekenrecht der neuen bürgerlichen Gesetzgebung für das Deutsche Reich. Gießen 1896.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. Berlin 1903.

Böhm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898.

Brachvogel, Nachweis des Gläubigerrechts einer Hypothek bei mehrfacher, einen Erbfall in sich schließenden Übertragung. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 49 S. 305—323.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3. Tübingen 1905.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 3. 4. Aufl. Halle 1908.

Dronke, Die Anwendbarkeit des § 1155 BGB. und des § 40 Abs. 2 GBO. beim Übergang des bloßen dinglichen Hypothekenrechts. Im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat 1. Jahrg. S. 955—963. Leipzig 1901.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Abt. 1. 8./9. Aufl. Berlin 1905.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. 1: Materielles Grundbuchrecht. Berlin 1902.

Gänßle, Das Grundbuch- und Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Stuttgart 1900.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2: Sachenrecht. Berlin 1912.

Güthe, Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen. Bd. 1 u. 2. 3. Aufl. Berlin 1913.

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Mannheim 1895.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge. 2. Aufl. Mannheim 1900.

Hoffmann, Erler, Burlage, Busch, Dr. **Ebbecke, Kiel, Schaffeld** und **Schmitt,** Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Bd. 2: Sachenrecht. 2. Aufl. Berlin 1913. (zit.: Komm. d. RGRäte.)

Kober, Sachenrecht. In Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze Bd. 3 7./8. Aufl. München und Berlin 1912.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1906.
Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Hälfte. Berlin 1904.
Leske, Bürgerliches Gesetzbuch und preuß. allgem. Landrecht. 1. Hälfte. Berlin 1900.
Maenner, Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl. München 1906.
Meisner, Das Sachenrecht. Kommentar zum dritten Buche des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Breslau 1901.
Mittelstein, Das Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Hamburg 1898.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 5. Aufl. Berlin 1909.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 4. Aufl. Berlin 1909.
Oberneck, Das Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Ein Vortrag, gehalten im Berliner Anwaltsverein. Berlin 1897.
Oberneck, Die Blankoabtretung von Briefposten. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 75. Jahrg. S. 157—160.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 3: Sachenrecht. 3. Aufl. Berlin 1906.
Predari, Die Grundbuchordnung v. 24. 3. 1897. 2. Aufl. Berlin 1913.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Ramdohr, Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im Bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 44 S. 324 ff.
Scherer, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erlangen 1899.
Schweitzer, Begründung und Nachweis des Gläubigerrechts nach § 1155 BGB. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 45 S. 558—576.
Siber, Das Buchrechtsgeschäft nach Reichsgrundbuchrecht. Tübingen 1909.
Siméon, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Hälfte. 6. Aufl. Berlin 1913.
Sternberg, Die Bedeutung des § 1138 BGB. In Iherings Jahrbüchern Bd. 25 S. 385—411.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. Bd. 1 u. 2. 3. Aufl. Paderborn 1906.
Türcke-Niedenführ-Winter, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. Berlin 1911.
Willenbücher, Das Liegenschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Reichsgrundbuchordnung. Berlin 1904.
Wolf, A., Die Behandlung der Hypothekenzinsen im Falle der Verkehrshypothek des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1908.
Wolff, Das Sachenrecht. 2. Bearbeitung. Marburg 1913.
Wolf, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit der Rechtsprechung der oberen Gerichte. Halle 1913.

A. Kurze begriffliche Gliederung der Grundpfandrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 1.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt dem Verkehr zur Befriedigung des Realkreditbedürfnisses drei Pfandrechtstypen zur Verfügung: Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld. Hypothek und Grundschuld sind Grundstücksbelastungen mit dem Inhalt, daß an den, zu dessen Gunsten die Belastung besteht, eine bestimmte Geldsumme aus einem Grundstücke zu bezahlen ist. Der Unterschied zwischen beiden liegt nach §§ 1113, 1191 darin, daß bei der Hypothek die Summe „zur Befriedigung wegen einer Forderung" zu zahlen ist, während bei der Grundschuld eine persönliche Forderung nicht vorausgesetzt wird. Das Gesetz hat aber dadurch, daß es in einer Reihe von Fällen eine forderungslose Hypothek anerkennt, diese Grenze verwischt. Man kann den Unterschied auch so ausdrücken, die Hypothek ist buchmäßig mit einer Forderung verbunden, während bei der Grundschuld die meist ebenfalls vorhandene persönliche Forderung im Grundbuch nicht zum Ausdruck kommt. Innerhalb der Hypothek ist wieder zu unterscheiden zwischen der Sicherungshypothek (§ 1184) und der Verkehrshypothek oder gewöhnlichen Hypothek, wie das Gesetz im § 1186 sagt. Bei der Sicherungshypothek bestimmt sich das Recht des Gläubigers völlig nach der Forderung, während bei der Verkehrshypothek als einem, wie schon der Name sagt, zum Umlauf bestimmten Recht der gutgläubige Erwerber gemäß § 1138 in weitem Umfange Schutz genießt. Diese Verkehrshypothek ist im Gesetz als Normalfall gedacht, soll eine Hypothek als Sicherungshypothek bestellt werden, so muß sie im Grundbuch als solche bezeichnet werden

(§ 1184 Abs. 2). Die Verkehrshypothek kann nun wieder sein entweder eine Briefhypothek oder eine Buchhypothek, je nachdem ob ein Hypothekenbrief ausgestellt ist oder nicht. Die Buchhypothek ist die subsidiäre Form; wenn nichts anderes bestimmt ist, wird über die Hypothek ein Hypothekenbrief erteilt (§ 1116). Auch die Grundschuld kann Buchpfand oder Briefpfand sein; im Zweifel ist sie auch Briefpfand. Die Rentenschuld ist eine Unterart der Grundschuld, bei ihr wird ein Grundstück in der Weise belastet, daß in regelmäßig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist (§ 1199).

In der Literatur besteht ein lebhafter Streit darüber, ob die Hypothek ein akzessorisches Recht sei oder nicht, und gerade in der Akzessorietät wird vielfach das Unterscheidungsmerkmal zwischen Hypothek und Grundschuld gefunden. Es soll hier auf diese Streitfrage nicht näher eingegangen werden. Erhebliche praktische Bedeutung besitzt sie nicht, da das Gesetz in den einzelnen Punkten Bestimmungen trifft.

B. Die Abtretung der Verkehrshypothek.

§ 2.

I. Prinzip der Untrennbarkeit von Forderung und Hypothek.

§ 1153 bestimmt: „Mit der Übertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über.

Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden".

In diesem Paragraphen ist zweierlei enthalten: in Abs. 2 der Grundsatz, daß Forderung und Hypothek nicht getrennt übertragen werden können, und in Abs. 1 ist bestimmt, daß Gegenstand der Übertragung die Forderung ist, während die Hypothek als Anhängsel der Forderung mitläuft. Unter Übertragung versteht das Gesetz sowohl die Abtretung wie den Forderungsübergang kraft Gesetzes und kraft richterlicher Anordnung; dies ist herrschende Ansicht und wird durch Mot. Bd. 3 S. 704 bestätigt.[1]) Die rechtsgeschäftliche Übertragung einer Forderung unter Ausschluß des Übergangs der Hypothek, wie andererseits auch die rechtsgeschäftliche Übertragung einer Hypothek ohne die Forderung ist nichtig;[2]) dies ergibt sich aus den Worten des § 1153, wo es hieß: „kann" nicht übertragen werden (§ 134).

Diese gesetzliche Regelung erscheint aus verschiedenen Gründen merkwürdig. Wirtschaftlich betrachtet ist das Hauptrecht die Hypothek, oder konkret ausgedrückt, dem Erwerber einer hypothekarisch gesicherten Forderung ist nicht etwa die Forderung, sondern die Hypothek die Hauptsache. Dies ergibt sich daraus, daß dem Er-

---

[1]) And. A. Kober Ia zu § 1153, der § 1153 nur auf die rechtsgeschäftliche Übertragung bezieht.

[2]) Goldmann-Lilienthal S. 550.

werber die Vermögensverhältnisse des persönlichen Schuldners in vielen Fällen unbekannt und schwer einsehbar sind, während die Güte oder Schlechtheit der Hypothek in der Regel auch von einem mit den Verhältnissen nicht Vertrauten ohne Schwierigkeiten erkannt werden kann; weiter bildet eine Hypothek mit gutem Rang einen sicheren feststehenden Wert, der von den augenblicklichen wirtschaftlichen Verhältnissen des Eigentümers im großen und ganzen unabhängig ist; dazu kommt, daß dem Erwerber einer Hypothekenforderung nur der Bestand des dinglichen Rechts, nicht auch der Forderung gewährleistet wird. Weshalb gibt das Gesetz trotzdem seine Vorschriften lediglich für die Forderung, während es die Hypothek als Anhängsel der Forderung betrachtet? Auch Gründe dafür, weshalb das Gesetz einen notwendigen Zusammenhang zwischen Forderung und Hypothek statuiert, sind eigentlich nicht ersichtlich. Gewöhnlich sagt man, diese Bestimmung sei eine notwendige Konsequenz aus der akzessorischen Natur der Hypothek.[1]) Zum Teil wird noch näher ausgeführt, die Hypothek diene zur Sicherung der Forderung und werde durch diese ihrem wesentlichen Inhalt nach bestimmt; wenn nun Hypothek und Forderung getrennt würden, so würde damit die Hypothek ihren wesentlichen Inhalt einbüßen und daraus gehe die Bestimmung des § 1153 mit Notwendigkeit hervor.[2]) Hierzu ist zu sagen, das Recht, die Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus einem bestimmten Grundstück zu verlangen, ist für sich betrachtet kein inhaltloses und deshalb nutzloses Recht — conf. Grundschuld —, und wenn dieses Recht die Aufgabe hat, eine Forderung zu sichern, so hat es trotzdem immer noch den gleichen Inhalt. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat zwei Rechtstypen zur Verfügung gestellt, die Grundschuld, hier tritt das Recht für sich allein zutage, die Hypothek,

---

[1]) Goldmann-Lilienthal S. 550; Wolff S. 477; Planck 1 zu § 1153; Kretzschmar 1 zu § 1153: „Die Hypothek ist eine kausale Belastung des Grundstücks. Sie besteht nur wegen und kraft der Forderung, zu deren Sicherstellung sie bestimmt ist. Die Verbindung zwischen beiden ist eine derartig enge, daß mit der Übertragung der Forderung notwendigerweise auch die für die Forderung bestehende Hypothek mit auf den Gläubiger übergeht"; Dernburg S. 771; Best S. 89; Meisner zu § 1153; Mot. Bd. 3 S. 706, 2a.

[2]) Planck 1 zu § 1153; Prot. II Bd. 3 S. 586.

hier erscheint es in Verbindung mit einer persönlichen Forderung. Weshalb nun im letzten Falle nicht möglich sein soll, die Forderung unter Zurückbehaltung der Hypothek oder die Hypothek unter Zurückbehaltung der Forderung abzutreten — selbstverständlich unter Wahrung der Schuldnerinteressen —, dies folgt weder mit Notwendigkeit aus dem Begriff der Hypothek noch ist es praktisches Bedürfnis. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat auch die Untrennbarkeit keineswegs konsequent durchgeführt, sondern das Prinzip durch eine Reihe von Ausnahmen durchbrochen:

1. § 1190 Abs. 4 bestimmt, daß bei der Höchsthypothek die Forderung ohne Hypothek abgetreten werden kann.

2. Einen weiteren zweifelsfreien Fall haben wir in § 1159: Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen werden nach allgemeinem Zessionsrecht übertragen. Grundsätzlich geht auch die Hypothek mit über, dieser Übergang der Hypothek kann aber vertraglich ausgeschlossen werden.[1])

3. Nach § 1138 wird durch das Grundbuch die Existenz der persönlichen Forderung, nur soweit diese als Stütze der Hypothek dient, beglaubigt. Wenn also eine Forderung nicht besteht, sei es, daß sie nicht zur Entstehung gekommen, sei es, daß sie wieder erloschen ist, sei es, daß sie in den Händen eines früheren Gläubigers verblieben ist, so erwirbt ein gutgläubiger Erwerber nur eine Hypothek, nicht auch eine Forderung. Es findet also auch hier ein Übergang der Hypothek ohne Forderung statt.[2]) Wenn der § 1138 das Bestehen der Forderung fingiert, so zeigt dies, daß eben eine Forderung in Wirklichkeit nicht besteht. Teilweise wird angenommen, daß das Recht, welches der Zessionar gemäß § 1138 erlangt, keine Hypothek, sondern eine Grundschuld sei, denn dadurch unterscheide sich ja gerade Hypothek und Grundschuld, daß erstere eine Forderung voraussetze, letztere aber nicht.[3]) Diese Auffassung kann nicht anerkannt werden, denn das Gesetz trifft keine Bestimmung, daß die Hypothek sich in eine Grundschuld verwandeln soll, wie dies z. B. in § 1177 geschieht; sie würde

---

[1]) Wolff S. 538; Planck 3b zu § 1159; A. Wolf S. 85 f.
[2]) Kober III, 2b zu § 1153; Planck 4 zu § 1138 u. a.
[3]) Wolff S. 484; Siméon S. 809.

auch, konsequent durchgeführt, zu unmöglichen Ergebnissen führen; setzen wir z. B. den Fall, die Hypothek würde, ohne daß jemand Kenntnis von der Nichtexistenz der Forderung gehabt hätte, gemäß § 1154 von Hand zu Hand weiter übertragen, so müßte man sagen, das Recht ist beim ursprünglichen Gläubiger verblieben, denn eine „Grundschuld" kann nicht durch „Abtretung der Forderung" übertragen werden, es ergäbe sich auch die Konsequenz, daß bei jeder Abtretung der Hypothek durch Eintragung ins Grundbuch der Grundbuchbeamte von Amts wegen zu prüfen hätte, ob der Hypothek eine gültige Forderung zugrunde liegt oder nicht, und ob demgemäß eine Hypothek oder eine Grundschuld vorliegt.

4. Die Möglichkeit eines Auseinanderfallens von Forderung und Hypothek und demgemäß auch die Möglichkeit einer Übertragung der Hypothek ohne Forderung ergibt sich aus § 1156. Danach gelten die Schutzbestimmungen der §§ 406—408 zwar nicht für das dingliche Recht, wohl aber für die persönliche Forderung. Tritt infolge Zahlung usw. an den Altgläubiger gemäß § 1156 Untergang der persönlichen Forderung ein, so müßte eigentlich die Hypothek gemäß § 1163 auf den Eigentümer übergehen. Diese Konsequenz wird aber durch § 1156 ausgeschlossen. Man muß annehmen, daß der Gläubiger nunmehr eben eine Hypothek ohne Forderung besitzt. Auch hier wird teilweise angenommen, daß sich die Hypothek des Gläubigers in eine Grundschuld verwandle;[1] dies ist auch hier ebenso wie bei § 1138 unzulässig.

5. Eine weitere Ausnahme von § 1153 enthält § 1180, welcher den Forderungsaustausch unter Gläubigerwechsel gestattet.[2] Die Parteien können das gleiche Resultat auch dadurch erreichen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet und der Eigentümer die demgemäß erworbene Eigentümergrundschuld unter Zurückverwandlung in eine Hypothek auf den neuen Gläubiger überträgt. Aber eben, um diesen Umweg zu ersparen, hat das Gesetz die Bestimmung des § 1180 getroffen.[3] In den Protokollen (a. a. O.) ist bemerkt, diese Bestimmung des § 1180 enthalte keine

[1] Fuchs II, 4 zu § 1156.
[2] Kober III, 2c zu § 1153; Planck 3b zu § 1153.
[3] Prot. Bd. 3 S. 726.

Ausnahme von dem Prinzip des § 1153, die Übertragung einer hypothekarisch gesicherten Forderung sei ein Rechtsakt, durch den ein Gläubiger an seine Stelle einen anderen setze, in dem vorliegenden Fall handle es sich jedoch darum, daß die Belastung geändert werde, die Hypothek einen anderen Inhalt erhalte. Das soll wohl heißen, die Hypothek wird durch den Inhalt der Forderung bestimmt; wenn also eine andere Forderung eintritt, so haben wir auch eine andere Hypothek und demnach liegt keine Übertragung, sondern Untergang des alten und Schaffung eines neuen Rechts vor. Andere sagen, es liege Verzicht des Gläubigers und Übertragung der demgemäß erworbenen Eigentümergrundschuld unter Rückverwandlung in eine Hypothek auf den neuen Gläubiger vor.[1]) Dies sind aber künstliche Konstruktionen, viel natürlicher und mit dem Wortlaut des Gesetzes besser im Einklang ist die Auffassung, daß eine Abtretung der Hypothek vorliegt, vor allem entspricht diese Auffassung auch dem Parteiwillen am meisten.[2])

6. Befriedigt der regreßberechtigte persönliche Schuldner den Gläubiger, so erlischt die Forderung und die Hypothek geht auf ihn über (§§ 1164, 1174). Hier wird gesagt, nach Analogie der §§ 426, 774 gehe auch die ursprüngliche Forderung auf den Ersatzberechtigten über,[3]) andere behaupten, die Hypothek gehe als Grundschuld auf den Ersatzberechtigten über.[4]) All dies findet im Gesetz keinen Anhalt und die Mehrzahl der Schriftsteller vertritt auch eine andere Ansicht, wobei in der Regel angenommen wird, daß sich die Hypothek mit der Ersatzforderung des persönlichen Schuldners verbinde.[5]) Diese Annahme dürfte zweckentsprechend und als wohl in der Absicht des Gesetzgebers gelegen zu billigen sein.

7. Analoges gilt für die Fälle der §§ 1173 Abs. 2 u. 1182.

8. Als weitere Ausnahme kommt in Betracht, daß bei Erlöschen der Forderung die Hypothek auf den Eigentümer übergeht

---

[1]) Biermann 2c zu § 1180.

[2]) Kober 4b zu § 1180.

[3]) Fuchs 6 zu § 1164, 5a zu § 1174.

[4]) Turnau-Förster 2 zu § 1164, 2 zu § 1174; Güthe 21 zu § 22.

[5]) Kober II, 1bβ zu § 1164; Planck 3 zu § 1164; Biermann 2 zu § 1164; Komm. d. RGRäte 2 zu § 1164; Predari S. 155 Anm. 22; Hachenburg, Vorträge S. 572.

(§ 1163 Abs. 1). Der Form nach liegt hier allerdings keine Ausnahme vor, denn die Hypothek verwandelt sich mit dem Übergang auf den Eigentümer in eine Grundschuld (§ 1177 Abs. 1). Aber man muß sagen, das Recht, welches mit einer Forderung verbunden beim Gläubiger war, ist jetzt ohne Forderung beim Eigentümer; wenn das Gesetz bestimmt, die Hypothek soll sich in eine Grundschuld verwandeln, so macht dies sachlich nichts aus, wenn wir den Rechtsinhalt ins Auge fassen, so liegt auch hier eine Ausnahme vom Prinzip des § 1153 vor.

9. Beim Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek geht diese auf den Eigentümer über, während die Forderung bei dem Gläubiger verbleibt (§ 1168). Der Form nach wird durch die Konstruktion, daß sich die Hypothek in eine Grundschuld verwandelt, das Prinzip des § 1153 gewahrt, sachlich aber haben wir auch hier eine Ausnahme.

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist also in einer Reihe von Fällen von den in § 1153 aufgestellten Sätzen abgewichen.

II. Voraussetzungen der Abtretung.

§ 3.

1. Allgemeines.

Auf die Abtretung der hypothekarisch gesicherten Forderung finden die Vorschriften des allgemeinen Teils und des Rechts der Schuldverhältnisse Anwendung, soweit nicht im Hypothekenrecht etwas anderes bestimmt ist. Zur Abtretung der Hypothekenforderung ist deshalb erforderlich, daß die allgemeinen rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen einer Forderungsabtretung gegeben sind. Dazu gehört:

1. Geschäftsfähigkeit der Parteien (§§ 104—115).

2. Verfügungsbefugnis des Zedenten, und zwar in doppelter Richtung. Es ist positiv Gläubigerschaft des Zedenten und negativ das Fehlen von Verfügungsbeschränkungen erforderlich. Daß die mangelnde Verfügungsbefugnis in weitem Umfang durch den guten Glauben des Erwerbers ersetzt wird, ist später zu zeigen.

3. Willenserklärung und zwar ein Vertrag oder vom sachenrechtlichen Standpunkt aus gesprochen eine Einigung. Dieser Vertrag besteht in den übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien, die Forderung vom bisherigen Gläubiger auf den neuen Gläubiger zu übertragen, und zwar haben wir in der Abtretung einen abstrakten, d. h. von der causa losgelösten Vertrag, der von dem der Abtretung zugrunde liegenden Kausalgeschäft, z. B. Kauf, Schenkung usw. durchaus zu unterscheiden ist. Dieser Abtretungsvertrag ist bei der hypothekarisch gesicherten Forderung durch § 1154 bestimmten Formvorschriften unterworfen; werden diese nicht gewahrt, so geht weder die Hypothek noch die Forderung auf den Erwerber über. Das pactum de cedendo ist aber formlos gültig, und liegt ein solches vor, so hat der Erwerber einen Anspruch auf Nachholung der Formvorschriften des § 1154.[1])

§ 4.

2. Form der Abtretung bei der Briefhypothek.

Gegenstand der Abtretung ist nach § 1153 die Forderung und nicht die Hypothek; konsequenterweise gibt deshalb das Gesetz seine Formvorschriften als Vorschriften für die Abtretung der Forderung und nicht als Vorschriften für die Abtretung der Hypothek. Es können natürlich für die Abtretung der hypothekarisch gesicherten Forderung nicht einfach die Bestimmungen des Obligationenrechts Anwendung finden, sondern die Regelung wird erheblich durch sachenrechtliche Prinzipien, durch die Grundbucheinrichtung und bei der Briefhypothek durch Verknüpfung des Rechts mit einem Hypothekenbrief beeinflußt. Die Formvorschriften sind in § 1154 enthalten, und zwar ist zwischen Brief- und Buchhypothek zu unterscheiden.

Bei der Briefhypothek kennt das Gesetz zwei Abtretungsformen: Abtretung durch Erteilung einer Abtretungserklärung und Abtretung durch Eintragung ins Grundbuch. Bei der Abtretungserklärung ist wieder zu unterscheiden, ob sie in privatschriftlicher

[1]) RG. Bd. 54 S. 146—149.

oder öffentlich beglaubigter Form erteilt ist. Dazu muß jedesmal als weiteres selbständiges Erfordernis die Übergabe des Hypothekenbriefes kommen.

Was zu einer Abtretungserklärung in schriftlicher Form gehört, ist aus § 126 Abs. 1 zu entnehmen. Es ist eigenhändige Namensunterschrift des Ausstellers oder Unterzeichnung mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens erforderlich. Die in der Literatur lebhaft erörterte Streitfrage, ob dem Erfordernis der eigenhändigen Namensunterschrift genügt ist, wenn ein bevollmächtigter Vertreter ausschließlich mit dem Namen des Vertretenen unterschreibt, wurde durch Beschluß der Verein. Zivilsenate v. 27. 6. 1910 (RG. Bd. 74 S. 69—76) aus praktischen Gesichtspunkten mit Recht in bejahendem Sinn entschieden.[1]) Im übrigen ist für die Abtretungserklärung lediglich erforderlich, daß der Abtretungswille unzweideutig zum Ausdruck kommt; daß z. B. das Wort „Abtretung" gebraucht wird, ist überflüssig. Der Abtretungswille kann auch anders — aber immer ist Schriftform nötig — zum Ausdruck kommen. Aber nur die Abtretungserklärung muß schriftlich sein, für die Annahmeerklärung sind keine Formvorschriften gegeben, die Annahme kann also auch formlos z. B. durch Annahme der Abtretungserklärung und des Hypothekenbriefs erklärt werden. Hier taucht die Frage auf, wie steht es mit der Blankozession? Kann in der Abtretungserklärung der Name des Erwerbers offen gelassen werden, und zwar so, daß der neue Gläubiger als solcher berechtigt ist, seinen Namen in die Urkunde einzusetzen oder sein Gläubigerrecht ohne eine solche Ausfüllung auf einen anderen zu übertragen? Beim Wechsel ist durch WO. Art. 12 ausdrücklich die Möglichkeit des Blankoindossaments anerkannt, gilt bei der Abtretung der Hypothek nicht Ähnliches? Das Reichsgericht und die durchaus herrschende Meinung in der Literatur sprechen sich gegen die Blankozession aus. Als Gründe werden angeführt,[2]) das Bürgerliche Gesetzbuch gehe von der Regel aus, daß in Fällen, wo die schriftliche Form erfordert werde, die schriftliche Urkunde eine bestimmte Person

[1]) vgl. über diese Streitfrage näher Kober I zu § 126 und die dort angeführte Literatur.

[2]) vgl. im einzelnen RG. Bd. 63 S. 231—235.

als Berechtigten zu bezeichnen habe; dies ergebe sich daraus, daß nur für bestimmte Fälle (§§ 793, 1187, 1195, 1270) Urkunden, in denen ein bestimmter Berechtigter nicht benannt sei, verpflichtende oder übertragende Wirkung beigelegt werde. Weiter lasse die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches mit Deutlichkeit erkennen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Blankozession nicht zulassen wolle.[1]) Dernburg wendet sich in der 4. Auflage seines Bürgerlichen Rechts Bd. 3 S. 773 gegen diese herrschende Ansicht und macht geltend, in den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch sei nur die Frage behandelt, ob Sonderbestimmungen für Briefhypotheken und Briefgrundschulden nach dem Vorbild des preuß. EEG. § 55 zu treffen seien, es sei deshalb zu untersuchen, ob nicht die allgemeinen Grundsätze zur Annahme der Zulässigkeit führen müßten, und dies sei in der Tat der Fall. Hierzu ist zu sagen, an den angeführten Stellen der Materialien kommt mit Deutlichkeit zum Ausdruck, daß die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches in ihrer Mehrheit die Blankozession für das Bürgerliche Gesetzbuch nicht zulassen wollten. Hat aber dieser Wille des Gesetzgebers auch im Gesetz Ausdruck gefunden? Dies ist zu bejahen. Es ist zwar nicht einfach gesagt: Die Blankozession ist unzulässig. Die Unzulässigkeit ergibt sich aber mit Deutlichkeit aus der Fassung der §§ 1154, 1155. Das Gesetz sagt, es ist Erteilung einer „Abtretungserklärung" in schriftlicher Form erforderlich, aus dem Wort „Abtretungserklärung" kann nun nicht geschlossen werden, daß die Abtretungserklärung auch den Namen des Zedenten enthalten müsse, sprachlich genügt vielmehr zum Vorliegen einer schriftlichen Abtretungserklärung, wenn die „Abtretung" beurkundet ist, es kommt aber in § 1154 zum Ausdruck, daß zu einer jeden Abtretung eine schriftliche Abtretungserklärung erforderlich ist, und wenn man die Blankozession zuläßt, so könnte ja die Hypothek nach einer Blankozession auch ohne Abtretungserklärungen von Hand zu Hand wandern; das liegt aber nicht im Sinne des Gesetzes, das eben den Rechtsübergang an bestimmte Formen knüpfen wollte. § 1155 spricht von einer zusammenhängenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungs-

[1]) Mot. Bd. 3 S. 783, 784; Prot. Bd. 3 S. 651 ff., 713—719.

erklärungen, es muß der jeweilige Zedent in der vorhergehenden Abtretungserklärung als Zessionar genannt sein, das Gesetz geht demnach davon aus, daß in die Abtretungserklärungen auch der Name des Zessionars aufgenommen wird. Aus diesen Gründen ist also die Möglichkeit der Blankozession abzulehnen. Nicht durchschlagend ist der vom Reichsgericht angeführte Grund, das Bürgerliche Gesetzbuch gehe von der Regel aus, daß in Fällen, wo schriftliche Form erfordert werde, die schriftliche Urkunde eine bestimmte Person als Berechtigten zu bezeichnen habe. Dieser Satz ist willkürlich, und inwiefern aus dem Umstande, daß bei Inhaberpapieren nicht eine bestimmte Person als Berechtigter bezeichnet werden muß — das ist eine Selbstverständlichkeit — folgen soll, daß eine solche Bezeichnung in den übrigen Fällen der Ausstellung einer Urkunde erforderlich sei, ist nicht ersichtlich, es ist vielmehr in jedem einzelnen Fall, wo das Gesetz die Schriftform vorschreibt, zu untersuchen, was alles in die schriftliche Urkunde aufgenommen werden muß.

Es taucht nun die weitere Frage auf, ob es möglich ist, daß in der Abtretungserklärung der Name des Erwerbers einstweilen offen gelassen wird, und daß die unvollständige Zessionserklärung durch spätere Ausfüllung des Namens zur Wirksamkeit gelangt. Diese Frage ist scharf von der Frage nach der Zulässigkeit der Blankozession auseinanderzuhalten und darf nicht, wie es vielfach geschieht, mit ihr zusammengeworfen werden. Es wird in der Literatur ganz überwiegend und auch vom Reichsgericht[1]) mit Rücksicht auf die geschichtliche Entwicklung sowie auf die §§ 416, 439, 440 ZPO. angenommen, daß die Form des § 126 gewahrt sei, wenn ein Blankett unterschrieben wird und dieses Blankett nachträglich in einer den Vereinbarungen der Beteiligten entsprechenden Weise ausgefüllt wird.[2]) Konsequenterweise muß man annehmen, daß dies auch für den Fall gilt, wenn eine Abtretungserklärung unvollständig abgegeben wird, sei es, daß der Name des Erwerbers noch fehlt, sei es, daß überhaupt nur eine Namensunterschrift vorhanden ist. Auch hier muß man an-

---

[1]) RG. Bd. 57 S. 68.

[2]) And. A. Riezler im ArchZivPrax. Bd. 95 S. 357 ff.

nehmen, daß die Urkunde perfekt wird, sobald sie entsprechend dem Willen des Unterschreibers, d. h. des Zedenten, ausgefüllt wird. Ob in den Fällen der nachträglichen Ausfüllung eines Blanketts eine Wirksamkeit erst mit der Perfektion der Urkunde eintritt, oder ob eine Zurückbeziehung der Ausfüllung auf den Zeitpunkt der Leistung der Namensunterschrift eintritt, ist wieder eine andere Frage. Das Reichsgericht[1]) erklärt eine solche Zurückbeziehung für bedenklich und für zweifellos unmöglich in den Fällen, wo die Beobachtung der Schriftform allein oder in Verbindung mit einer anderen Tatsache unmittelbar einen dinglichen Rechtsübergang zur Folge habe. Dem ist beizustimmen; bis zu dem Augenblick, in dem das Blankett ausgefüllt wird, sind eben die Formerfordernisse nicht erfüllt und erst vom Moment der Ausfüllung an kann die Urkunde rechtliche Wirksamkeit äußern. Eine Rückziehung der Wirksamkeit auf den Zeitpunkt der Unterschrift anzunehmen, dafür gibt das Gesetz keinen Anhalt. Das Reichsgericht nimmt aber weiter — im Gegensatz zu der angeführten Entscheidung Bd. 57 S. 67—69 — an, daß eine nachträgliche Ausfüllung überhaupt unzulässig sei. Die Begründung, die es hierfür gibt,[2]) ist etwas unklar. Es sagt: „Vermittelt sich der Übergang der Grundschuld sonach erst mit dem Zeitpunkt, wo eine vollständige schriftliche Abtretungserklärung vorliegt, so erscheint schon an sich eine nachträgliche Ergänzung, wenn nicht überhaupt, so doch jedenfalls dann unzulässig, wenn sie nicht das richtige Datum der Ergänzung angibt. Daraus, daß einer dem § 55 preuß. EEG. entsprechenden Bestimmung die Aufnahme in das Bürgerliche Gesetzbuch versagt ist, ergibt sich aber, daß die Blankoabtretung weder gültig ist noch durch nachträgliche Vervollständigung Rechtswirksamkeit erlangen kann". Was den 1. Satz anlangt, so ist nicht ersichtlich, weshalb daraus, daß sich der Übergang der Grundschuld erst mit dem Vorliegen einer vollständigen schriftlichen Abtretungserklärung vollzieht, folgen soll, daß eine nachträgliche Ergänzung unzulässig sei; und weshalb man aus der Nichtaufnahme des § 55 preuß. EEG. in das Bürgerliche Ge-

[1]) RG. Bd. 63 S. 234.
[2]) RG. Bd. 63 S. 235.

setzbuch auf die Unzulässigkeit nachträglicher Vervollständigung der Abtretungserklärung soll schließen können, erscheint ebenfalls nicht verständlich. Man muß also annehmen, daß eine nachträgliche der Vereinbarung entsprechende Vervollständigung der Abtretungserklärung die Zession vom Augenblick der Vervollständigung ab vollwirksam macht.[1]) Alles dies muß auch gelten für den Fall, daß die unvollständige Urkunde in die Hände späterer Erwerber gelangt und von einem dieser vervollständigt wird, vorausgesetzt, daß die Vereinbarung des Zedenten mit dem Ersterwerber dahin geht, dieser oder ein späterer Erwerber soll die Urkunde vervollständigen dürfen. Es ist ungenau, wenn hier von mehreren Erwerbern gesprochen wird, denn erst der, welcher die Urkunde vervollständigt, erwirbt die Hypothek, bis zum Augenblick der Vervollständigung ist das Recht bei dem ursprünglichen Gläubiger; kommt also dieser vor der Perfektion der Urkunde in Konkurs, so gehört das Recht zur Konkursmasse, eine Ausfüllung vermag den Rechtsübergang nicht mehr herbeizuführen, das Recht auf Übertragung der Hypothekenforderung verwandelt sich mit dem Augenblick der Konkurseröffnung in eine Konkursforderung. Liegt eine datierte Abtretungserklärung vor, so wird durch sie der Zeitpunkt der Abtretung nicht bewiesen, da abgesehen von der Möglichkeit einer nachträglichen Vervollständigung der Abtretungserklärung der Rechtsübergang noch an weitere Erfordernisse geknüpft ist, immerhin wird anzuerkennen sein, daß eine tatsächliche Vermutung für den Rechtsübergang zur Zeit des Datums der Abtretungserklärung spricht.

Es ist „Erteilung" der Abtretungserklärung erforderlich. Was dazu gehört, ist zweifelhaft. Es wird gesagt,[2]) Erteilung sei identisch mit Ausstellung. Das Reichsgericht[3]) nimmt an, eine schriftliche Abtretungserklärung sei „erteilt", wenn der Zedent sich ihrer dem Zessionar gegenüber in solcher Weise entäußert habe, daß er ihm die Verfügung einräumt. Eine dritte Ansicht[4]) sagt,

---

[1]) vgl. Kretzschmar im ZBlFG. Bd. 7 S. 812.

[2]) Fuchs 4γ zu § 1154.

[3]) Erk. v. 15. 6. 1906 in JW. Bd. 35 S. 558ff. Nr. 29.

[4]) Planck 3bδ zu § 1154; Willenbücher 1 zu § 1154; Biermann 1b zu § 1154.

erteilen heißt ausstellen und dem neuen Gläubiger aushändigen. Die Fuchssche Ansicht läßt sich schon sprachlich schwer rechtfertigen; die Ansicht des Reichsgerichts dürfte wohl dem praktischen Bedürfnis am meisten entsprechen.[1])

Öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung. Auch durch die einfache privatschriftliche Abtretungserklärung wird die Hypothekenforderung übertragen, der Zessionar erwirbt aber in diesem Fall nicht die volle tatsächliche Möglichkeit der Ausübung seines Rechts — der Geltendmachung der Hypothek kann gemäß § 1160 Abs. 1 widersprochen werden, eine Kündigung oder Mahnung ist unwirksam, wenn sie der Eigentümer unverzüglich zurückweist (§ 1160 Abs. 2), nur beim Vorliegen einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung wird das Gläubigerrecht des Zessionars einem gutgläubigen Erwerber gewährleistet (§ 1155), und nur hier kann er gemäß §§ 26 Abs. 1 und 29 GBO. die Abtretung ins Grundbuch eintragen lassen, was mancherlei Vorteile für ihn hat. Der § 1112 des 1. Entw. kannte nur diese Abtretungsform, erst § 1061 des 2. Entw. erachtete die Abtretungserklärung in schriftlicher Form für genügend. Es ist dies ein Fortschritt des 2. Entwurfs,[2]) denn „in Fällen der Beleihung von Hypotheken zur Befriedigung eines eiligen und vorübergehenden Geldbedürfnisses"[3]) reicht schriftliche Abtretungsform vollkommen aus, und es ist nicht einzusehen, weshalb den Parteien in den Fällen, wo es ihnen gar nicht darum zu tun ist, dem neuen Gläubiger eine die volle tatsächliche Rechtsausübung gewährleistende Position zu verschaffen, die Kosten verursachende und den leichten Umsatz erschwerende öffentliche Beglaubigung aufgenötigt werden soll. Der Ausgleich ist mit § 1154 Abs. 1 Satz 2 geschaffen, der dem neuen Gläubiger das Recht gibt, von dem bisherigen Gläubiger die öffentliche Beglaubigung der Abtretungserklärung auf dessen Kosten zu verlangen. Im Obligationenrecht hat der neue Gläubiger dieses Recht nach § 403 ebenfalls, nur hat er dort die Kosten zu tragen und vorzuschießen. Wird eine durch gewöhnliche schriftliche Abtretungserklärung abgetretene

---

[1]) So auch Kober CIe zu § 1154.
[2]) And. A. anscheinend Kober C2 zu § 1154.
[3]) Prot. Bd. 3 S. 651.

Hypothek auf ebensolche Weise weiterübertragen, so wird die Auslegung der Parteivereinbarung in der Regel zu der Annahme führen, daß auch dieser Anspruch auf öffentliche Beglaubigung mitübertragen wurde. Dieses Recht auf öffentliche Beglaubigung hat der neue Gläubiger auch nachträglich noch, nachdem der Rechtsübergang durch einfache Abtretungserklärung und Briefübergabe bereits vollzogen ist. Hat ein Gläubiger frühere Abtretungserklärungen im Besitz, so ist er gemäß § 402 verpflichtet, diese dem neuen Gläubiger auszuliefern. Was zur öffentlichen Beglaubigung erforderlich ist, ergibt sich aus § 129 BGB., §§ 167, 183, 191 FGG.

In § 1154 Abs. 2 ist bestimmt: „Die schriftliche Form der Abtretungserklärung kann dadurch ersetzt werden, daß die Abtretung in das Grundbuch eingetragen wird". Dieser Ersatz der Abtretungserklärung durch die Eintragung wurde nach Prot. Bd. 3 S. 648 zugelassen, weil nach § 42 GBO. der Brief vor der Eintragung dem Grundbuchamt vorgelegt und von diesem die erfolgte Umschreibung gemäß § 62 GBO. auf dem Brief vermerkt werden müsse und der Gläubiger also auf und mit dem Brief zugleich eine öffentliche Urkunde über die erfolgte Abtretung erhalte. Der tiefere Grund für die Zulassung liegt darin, daß normalerweise für den Übergang der dinglichen Rechte Eintragung im Grundbuch erforderlich ist; bei der Hypothek sind, um die Verkehrsfähigkeit zu steigern, Erleichterungen getroffen, es stellt sich also hier die Eintragung als ein Plus von Form gegenüber der bloßen Abtretungserklärung dar. Diese Eintragung ins Grundbuch bietet für den Erwerber manche Vorteile; er braucht bei der Geltendmachung der Hypothek, bei Kündigung oder Mahnung nicht die im § 1155 bezeichneten Urkunden vorzulegen, sondern kann sich auf das Grundbuch berufen; er erhält durch die Eintragung eine Gewähr, daß er von jeder seine Rechte betreffenden Eintragung sowie von jedem Eigentümerwechsel gemäß § 55 GBO. benachrichtigt wird, auch daß er gemäß §§ 9 Nr. 1, 41, 105 ZVG. von den Terminen im Zwangsversteigerungsverfahren Nachricht erhält; auch der Grundstückseigentümer wird durch das Grundbuchamt gemäß § 55 GBO. von dem Gläubigerwechsel in Kenntnis gesetzt, was für die Bezahlung der Zinsen von Wichtigkeit ist; weiter ist

er dagegen gesichert, daß der alte Gläubiger, falls er den Brief irgendwie wieder zu Händen bekommt, zugunsten eines redlichen Dritten über die Hypothek verfügt.[1])

Die Eintragung ist auch von Wichtigkeit für den Fall, daß eine Abtretungserklärung vorliegt, diese aber an Mängeln leidet. Liegt z. B. eine erst nachträglich vervollständigte Abtretungserklärung vor — diese ist ja nach herrschender Ansicht nicht zulässig — oder liegt keine eigenhändige Unterschrift des Ausstellers vor, so werden diese Mängel durch die nachfolgende Eintragung im Grundbuch geheilt.[2])

Die Eintragung ist von gewissen formellen Voraussetzungen abhängig. Diese sind:

1. Antrag des alten oder neuen Gläubigers gemäß § 13 GBO.;

2. entweder Eintragungsbewilligung des alten Gläubigers (§§ 19, 29 GBO.) oder öffentliche oder öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung gemäß §§ 26, 29 GBO.;

3. Vorlage des Hypothekenbriefs gemäß § 42 GBO.

Außerdem ist bei allen drei Abtretungsformen Übergabe des Hypothekenbriefs erforderlich. Der Hypothekenbrief wurde hauptsächlich zu dem Zweck geschaffen, die Übertragung der Hypothekenforderung zu vermitteln, es ist deshalb selbstverständlich, daß er auch einen sehr wesentlichen Faktor beim Übertragungsgeschäft bildet. Die Übergabe des Hypothekenbriefs als Erfordernis der Abtretung bietet erhebliche Vorteile (vgl. hierüber Mot. Bd. 3 S. 748 f.). Unter Übergabe des Hypothekenbriefs ist von den Parteien gewollter Wechsel des unmittelbaren Besitzes zu verstehen. Einigung über den Eigentumsübergang am Hypothekenbrief ist nicht erforderlich, da der Hypothekenbrief nach § 952 Abs. 2 dem Rechte folgt. Nach § 1154 in Verb. mit § 1117 und §§ 929 Satz 2, 930, 931 kann die körperliche Übergabe ersetzt werden durch brevi manu traditio, constitutum possessorium, Vindikationszession und die Vereinbarung, daß der neue Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen.

---

[1]) Kober C 3c zu § 1154; Planck 3c zu § 1154; Fuchs 8 zu § 1154 u. a.

[2]) vgl. Oberneck in Seuffert Bd. 75 S. 159 f.

Ein Fall der brevi manu traditio liegt z. B. vor, wenn der Eigentümer einen zur Eigentümergrundschuld gewordenen Teil einer Briefhypothek wieder an den Gläubiger abtritt.[1])

Das constitutum possessorium betrifft den Fall, daß der Inhaber des Briefs den mittelbaren Besitz durch Vereinbarung auf den Erwerber überträgt und den Brief auf Grund Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses als unmittelbarer Besitzer zurückbehält.

Die Vindikationszession greift ein, wenn ein Dritter im Besitz des Briefes ist. Hier kann unter Umständen die Auslegung der Abtretungserklärung gemäß § 133 dazu führen, daß man sagt, es ist stillschweigend auch der Anspruch auf Herausgabe des Briefes abgetreten, eine ausdrückliche Erklärung ist nicht immer erforderlich.[2])

Schwierigkeiten macht die Auslegung des § 1154 mit § 1117 Abs. 2. Genügt die bloße Vereinbarung oder muß Erlangung der Verfügungsmacht über den Brief seitens des Grundbuchamtes dazu kommen, oder ist gar nachfolgende tatsächliche Aushändigung des Briefs an den neuen Gläubiger zur Wirksamkeit der Vereinbarung erforderlich? Als zweifellos wird man feststellen können, daß die bloße Vereinbarung, der Zessionar soll berechtigt sein, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, nicht genügt. Hat z. B. ein Eigentümer durch teilweise Bezahlung einer Hypothek eine Eigentümergrundschuld erworben, will diese an einen anderen abtreten und vereinbart mit diesem, er soll berechtigt sein, den zu bildenden Teilbrief sich vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, so ist damit, wenn nichts weiter mehr geschieht, die Briefübergabe noch nicht ersetzt und dem Erfordernis des § 1117 Abs. 2 noch nicht genügt. Wollte man dies annehmen, so würde man gerade den Zweck, den der Gesetzgeber mit der Vorschrift, daß der Rechtsübergang an die Briefübergabe geknüpft sein soll, verfolgt, vereiteln. Die Briefübergabe soll den Rechtsübergang nach außen erkennbar machen, und der neue Gläubiger soll gegen Verfügungen des bisherigen geschützt sein;[3]) wenn man aber annimmt, die

[1]) Komm. d. RGRäte 3 zu § 1154.
[2]) RG. Bd. 54 S. 111 ff.
[3]) Mot. Bd. 3 S. 748.

bloße Vereinbarung genügt zum Rechtsübergang, so ist damit die Möglichkeit einer mehrmaligen Abtretung der Hypothek mit und ohne Übergabe des Hypothekenbriefs geschaffen, was gerade verhütet werden sollte. Aber auch die Ansicht,[1]) daß zu der Vereinbarung noch Aushändigung des Briefes an den Erwerber erforderlich sei, ist unhaltbar, denn sonst wäre ja die wahlweise neben der körperlichen Übergabe gestattete Form des § 1117 Abs. 2 überflüssig;[2]) außerdem ist auf § 931 hinzuweisen, auf den in § 1154 durch Vermittlung von § 1117 Bezug genommen ist; demnach wird durch Abtretung des Herausgabeanspruchs die Briefübergabe ersetzt, ohne daß etwa von der Notwendigkeit tatsächlicher Aushändigung des Briefes die Rede wäre.[3]) Um zu einer richtigen Lösung zu kommen, müssen wir von der ratio des Gesetzes ausgehen: Auf der einen Seite soll eine Beschleunigung des Hypothekenüberganges ermöglicht werden, der Erwerb einer Hypothek soll nicht durch Verzögerung der Ausfertigung bezw. Aushändigung des Briefs seitens des Grundbuchamtes hinausgezogen werden,[4]) auf der anderen Seite soll verhütet werden, daß aus dem Verbleiben des Hypothekenbriefs in den Händen des abtretenden Gläubigers Schwierigkeiten und Gefahren entstehen, daß die abgetretene Hypothek von ihm verpfändet, weiter abgetreten wird usw. Diesen beiden Postulaten werden wir nur gerecht, wenn wir einerseits die bloße Vereinbarung nicht genügen lassen, auf der anderen Seite aber doch nicht so weit gehen, die Aushändigung des Briefes zu verlangen. Eine solche Mittelmeinung wird auch von der herrschenden Ansicht vertreten.[5]) Das RG. Bd. 66 S. 210 sagt, die „Erlangung der Verfügungsmacht" über den Brief seitens des Grundbuchamtes sei genügend und erforderlich zur Besitzanweisung nach §§ 1154, 1117 Abs. 2; ebenso spricht auch Oberneck a. a. O. davon, daß das Grundbuchamt

---

[1]) Turnau-Förster 3II zu § 1117, II6 zu § 1154.

[2]) Oberneck II2a S. 195.

[3]) Komm. d. RGRäte 3 zu § 1154.

[4]) Prot. Bd. 3 S. 729.

[5]) RG. Bd. 64 S. 308—315, Bd. 66 S. 206—211; Warneyer ErgBd. 1912 Nr. 291; Oberneck II2a S. 195; Planck 3a zu § 1154; Komm. d. RGRäte 3 zu § 1154; Predari S. 146.

die „Verfügungsmacht" erlangt haben müsse. Es soll hierdurch der richtige Gedanke zum Ausdruck gebracht werden, nur ist er nicht ganz genau formuliert, denn man kann wohl kaum von einer Verfügungsmacht über einen Brief, der noch gar nicht existiert, sprechen, und in Fällen, wo das Grundbuchamt den Brief erst herstellen soll, geht doch die Hypothek nicht erst mit dem Vorliegen des fertigen Briefes über. Wird z. B. eine Hypothek teilweise abgetreten und vereinbart, der Erwerber soll berechtigt sein, sich den zu bildenden Teilbrief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, so geht die Teilhypothek über mit der Einreichung des Stammbriefs beim Grundbuchamt und der Stellung des Antrags auf Herstellung eines Teilbriefs, nicht erst, wenn der Teilbrief in Wirklichkeit hergestellt ist. Besser kann man vielleicht sagen, zur Wirksamkeit einer Vereinbarung im Sinne des § 1154 mit § 1117 Abs. 2 ist erforderlich und genügend, daß zur Herstellung bezw. Aushändigung des für den neuen Gläubiger bestimmten Briefes nur noch die Tätigkeit des Grundbuchamtes erforderlich ist, doch hat die Formulierung des Reichsgerichts den Vorzug der Kürze. Eine Mitteilung der Vereinbarung an das Grundbuchamt ist nicht erforderlich; dies ergibt sich vor allem durch einen Vergleich mit § 931. Wenn eine solche Mitteilung nicht erfolgt und das Grundbuchamt händigt den Brief dem alten Gläubiger aus, so ändert dies am Rechtsübergang und an dem Eigentumsübergang bezüglich des Briefes nichts. Die Vereinbarung gemäß § 1117 Abs. 2 ist formlos gültig; nur muß der Antrag auf Aushändigung des Briefes an den Neugläubiger, um dem Grundbuchamt gegenüber wirksam zu sein, in der Form des § 29 Satz 1 GBO. eingereicht werden (§ 60 Abs. 2 GBO.); der einseitige Widerruf einer solchen Bestimmung ist ausgeschlossen.[1])

Hat der neue Gläubiger den Brief im Besitz, so wird vermutet, daß die Übergabe erfolgt sei (§ 1154 mit § 1117 Abs. 3).

---

[1]) So im Anschluß an das Kammergericht Güthe 7 zu § 60; Predari 3 zu § 60; and. A. Turnau-Förster 6 zu § 60 u. a.

§ 5.

3. Form der Abtretung bei der Buchhypothek.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt neben der Briefhypothek mit Rücksicht auf die verschiedene geschichtliche Entwicklung des Hypothekenrechts, dem Verkehr als subsidiäre Form auch die Buchhypothek zur Verfügung (§ 1116).[1] Die Übertragung der hypothekarisch gesicherten Forderung ist bei der Buchhypothek rein sachenrechtlichen Vorschriften unterworfen. § 1154 Abs. 3 bestimmt: „Ist die Erteilung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen, so finden auf die Abtretung der Forderung die Vorschriften der §§ 873, 878 entsprechende Anwendung". Aus § 873 Abs. 1 ergibt sich, daß zur Übertragung der Buchhypothek „Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über die Rechtsänderung und Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch" erforderlich ist.[2] Einigung und Eintragung sind zwei nebeneinander stehende selbständige Erfordernisse und beide müssen gegeben sein, damit der Rechtsübergang sich vollzieht.

Was die Einigung anlangt, so besteht in der Literatur Streit, ob die Einigung ein Vertrag sei. Herrschender und richtiger Ansicht nach ist die Einigung ein dinglicher Vertrag,[3] auf den die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Rechtsgeschäfte Anwendung finden, soweit nicht im Sachenrecht selbst etwas anderes bestimmt ist, dagegen finden die Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse nur insoweit Anwendung, als das 3. Buch ausdrücklich darauf verweist.[4] Die Einigung ist formlos. Eine Abweichung von den allgemeinen Vorschriften liegt darin, daß die Einigung frei widerruflich ist bis zur Eintragung, vorausgesetzt, daß nicht einer der im § 873 Abs. 2 vor-

---

[1] Mot. Bd. 3 S. 617.

[2] Die hier auftauchenden Fragen sind als über den eigentlichen Rahmen des Themas hinausgehend kurz behandelt.

[3] And. A. Bruck, Einigung im Sachenrecht des BGB.; Wolff in Gruchots Beitr. Nr. 47 S. 26 ff. und Eccius daselbst S. 51 ff.

[4] vgl. über diese Frage näher Kober 2 zu § 873 und dort angef. Lit. sowie Komm. d. RGRäte 7 zu § 873.

gesehenen Fälle vorliegt. Diese Fälle der Bindung an die Einigung sind folgende[1]):

1. Die Erklärungen (also beider Teile, nicht etwa nur die des Zedenten) sind gerichtlich oder notariell beurkundet (vgl. hierüber § 128 BGB., §§ 167, 168—182 FGG.). Öffentliche Beglaubigung der Erklärungen nach § 129 BGB. genügt nicht.

2. Abgabe der Erklärungen vor dem Grundbuchamt.

3. Einreichung der Erklärungen bei dem Grundbuchamt.

4. Aushändigung einer den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechenden Eintragsbewilligung an den anderen Teil. Der neue Gläubiger kann durch Stellung des erforderlichen Antrags und Einreichung der Eintragungsbewilligung beim Grundbuchamt seine Eintragung herbeiführen. Durch die Aushändigung einer Eintragsbewilligung kommt demnach unzweideutig zum Ausdruck, daß es den Parteien mit dem Übertragungswillen ernst ist, und deshalb sind sie auch an die Einigung gebunden. Aus der ratio der Bestimmung ergibt sich, daß Übertragung des unmittelbaren Besitzes an der Eintragungsbewilligung erforderlich ist und Besitzkonstitut hier nicht genügt. Das Erfordernis der Aushändigung ist aber nicht etwa erfüllt, wenn die Eintragungsbewilligung dem anderen Teil zugegangen ist, sonst könnte ja der Zedent jederzeit einseitig eine Bindung auch des Gegners an die Einigung herbeiführen, und das liegt nicht im Sinne des Gesetzes. Die Eintragungsbewilligung muß den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechen, sie muß also vorschriftsmäßig beurkundet und auch sonst so beschaffen sein, daß die Eintragung auf den Antrag des Erwerbers nach den Bestimmungen der Grundordnung nicht abgelehnt werden kann.[2])

Diese Besonderheit, daß die Parteien nur unter bestimmten Voraussetzungen an die Einigung gebunden sind, ist darauf zurückzuführen, daß durch sofortige Bindung der Parteien die Verfügung über Eigentum und dingliche Rechte zu sehr erleichtert und damit die Gefahr einer leichtfertigen und übereilten Verfügung über die

[1]) Über die Auslegung des § 873 Abs. 2 im einzelnen herrscht Streit; vgl. hierüber Predari S. 9ff., Siber S. 39ff., Güthe 13ff. zu § 19 und dort angef. Lit.

[2]) Planck III 2d zu § 873.

Rechte an Grund und Boden bestanden hätte.[1]) Liegt Einigung vor und erfolgt von keiner Partei ein Widerruf, soweit er zulässig ist, so geht mit der Eintragung die Hypothek über. Ist die Eintragung vor der Einigung erfolgt, so geht der Rechtsübergang mit der Einigung vor sich; ein Widerruf der Einigung ist in diesem Falle natürlich nicht möglich.

Was die Eintragung anlangt, so wird gestritten, ob die Eintragung die Form des die Rechtsänderung bewirkenden Vertrags sei oder ob die Eintragung als gesetzliche Bedingung der vertragsmäßigen Rechtsänderung anzusehen sei; wieder andere sagen, Einigung und Eintragung sind Vertrag und Einigung und Eintragung sind Tatbestandselemente dieses Vertrags. Auf diese Konstruktionsfragen soll nicht eingegangen werden, beides — Einigung und Eintragung — sind eben wesentliche Erfordernisse für den Übergang des Rechtes. Die formellen Voraussetzungen der Eintragung decken sich nicht mit den materiellrechtlichen Voraussetzungen des Rechtsüberganges. Dies findet seinen Grund in dem Bestreben des Gesetzes zwischen den beiden widerstreitenden Interessen, Richtigkeit des Grundbuchs einerseits und Einfachheit des Verfahrens andererseits, einen Ausgleich zu schaffen. Es gilt:

1. Das Antragsprinzip (§ 13). Das Grundbuchamt wird nur auf Antrag tätig, und zwar ist antragsberechtigt sowohl der, zu dessen Lasten, als der, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll. Ausnahmen z. B. § 39 GBO. mit §§ 117, 163, 190 KO., § 54 GBO.

2. Das sogen. formelle Konsensprinzip oder Bewilligungsprinzip (§ 19 GBO). Es wird nicht Nachweis der Einigung verlangt, sondern an Stelle der beiden Erklärungen genügt dem Grundbuchamt die Erklärung des Verlierenden, weil das Gesetz von dem Normalfall ausgeht, daß der Erwerber mit dem Rechtserwerb einverstanden ist. Von diesem formellen Konsensprinzip gibt es nun nach zwei Seiten hin Ausnahmen. In gewissen Fällen genügt die Bewilligung des Verlierenden nicht, z. B. §§ 20, 27 GBO.; in anderen Fällen wird die Eintragungsbewilligung nicht gefordert, z. B. §§ 22, 25, 26 GBO., § 1139 BGB.

---

[1]) Mot. Bd. 3 S. 175.

3. Das Prinzip, daß eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist (§ 40 GBO.). Das Gesetz geht auch hier von dem Normalfall aus, daß der, welcher im Grundbuch als Rechtsinhaber eingetragen ist, dies in Wirklichkeit auch ist, und bestimmt deshalb, es soll nicht die Verfügungsbefugnis des einzelnen geprüft werden, sondern es wird nur geprüft, ob der Veräußerer im Grundbuch steht. Auch hier haben wir wieder Ausnahmen: §§ 42, 40 Abs. 2 GBO. mit § 1155 BGB., § 41 GBO.

4. Das Prinzip des § 29 GBO. Die Eintragungsbewilligung und die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen sollen vor dem Grundbuchamt zu Protokoll gegeben oder durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden, auch die übrigen nicht bei dem Grundbuchamt offenkundigen Eintragungsvoraussetzungen bedürfen des Nachweises durch öffentliche Urkunden, Sonderbestimmungen finden sich hier z. B. in §§ 33, 34, 36 GBO.

Diese Vorschriften über die formellen Voraussetzungen der Eintragung sind aber lediglich Ordnungsvorschriften. Erfolgt eine Eintragung unter Verletzung dieser Vorschriften, z. B. es fehlt der Antrag oder die Eintragungsbewilligung ist nicht öffentlich beglaubigt usw., so tritt die Rechtsänderung trotzdem ein, wenn die materiellen Voraussetzungen gegeben sind; auf der anderen Seite gilt aber der Grundsatz, auch wenn die formellen Voraussetzungen der Eintragung gegeben sind und die Eintragung erfolgt, so tritt die Rechtsänderung doch nicht ein, wenn es an den materiellen Voraussetzungen der Rechtsänderung fehlt. Wenn z. B. der Gläubiger einer Buchhypothek die Umschreibung der Hypothek auf einen neuen Gläubiger beantragt und bewilligt, ohne daß Einigung vorliegt, so erwirbt der als neuer Gläubiger eingetragene die Hypothek nicht.

Auf die Reihenfolge, in der sich diese materiellrechtlichen Voraussetzungen verwirklichen, kommt es nicht an. Die Einigung kann der Eintragung vorausgehen, das ist der Normalfall, oder kann ihr nachfolgen; daß eine Heilung der Eintragung durch nachfolgende Einigung möglich ist, ergibt sich aus § 892 Abs. 2. In der Regel müssen sämtliche Voraussetzungen der Rechts-

änderung — Verfügungsbefugnis, Einigung und Eintragung — gleichzeitig vorliegen. Hier hat aber das Gesetz verschiedene Ausnahmen statuiert. So sind Tod und Geschäftsunfähigkeit nach der Einigung ohne Einfluß auf die Wirksamkeit der Einigung, doch hat, wenn die Einigung nicht etwa nach § 873 Abs. 2 bindend war, der Erbe bezw. Vormund ein Widerrufsrecht. Eine wichtige Ausnahme bildet der § 878, auf den in § 1154 ebenfalls Bezug genommen ist. Hier ist bestimmt, daß wenn eine gemäß § 873 Abs. 2 bindende Einigung vorliegt und der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt gestellt ist, eine gegen den Verfügenden erlassene Verfügungsbeschränkung die rechtliche Wirksamkeit der abgegebenen Erklärung nicht mehr beeinträchtigen kann. Der Grund dieser Vorschrift ist klar, die Parteien sollen keinen Nachteil erleiden, wenn eine Eintragung vom Grundbuchamt hinausgezogen wird.

Wenn wir die Abtretungsformen bei der Briefhypothek mit denen der Buchhypothek vergleichen, so finden wir, daß hier die Briefhypothek erhebliche Vorzüge hat. Die Briefhypothek kann leicht und rasch übertragen werden, während die Übertragung einer Buchhypothek umständlicher und mit größeren Kosten verknüpft ist. Weiter kommt in Betracht, daß bei der Briefhypothek durch Verwertung des Hypothekenbriefs Zug um Zugleistung von Hypothek und Valuta möglich ist, während bei der Buchhypothek wegen des Erfordernisses der Eintragung immer der eine Teil vorleisten muß. Diesen Vorzügen der Briefhypothek bei der Übertragung stehen aber in anderer Beziehung wieder Vorzüge der Buchhypothek gegenüber, vor allem bei der Geltendmachung der Hypothek, der Kündigung und Mahnung; dann ist auch die Benachrichtigungspflicht des Grundbuchamtes gemäß § 55 GBO., §§ 9 Nr. 1, 41, 105 ZVG. von Wichtigkeit, und weiter fällt auch die Gefahr eines Verlustes von Brief- oder Abtretungsurkunden weg. Im ganzen kann man sagen, daß die Buchhypothek sich mehr für dauernde und die Briefhypothek sich mehr für vorübergehende Kapitalsanlage eignet.

III. Wirkungen der Abtretung.

§ 6.

1. Rechtsverhältnis zwischen altem und neuem Gläubiger.

In dieser Hinsicht ist vor allem das der Abtretung zugrunde liegende Kausalverhältnis maßgebend, das nach den Vorschriften des allgemeinen Teils und des Obligationenrechts zu beurteilen ist.

Dazu kommen noch einige Bestimmungen des Zessionsrechtes, die auch für die Abtretung der Hypothekenforderung Geltung besitzen. So § 402, welcher den Zedenten verpflichtet, dem Zessionar die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und die in seinem Besitze befindlichen zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden auszuliefern. Der Zedent einer Hypothekenforderung ist also z. B. verpflichtet, dem Zessionar die ihm nach der Abtretung zugehende amtliche Benachrichtigung von der bevorstehenden Zwangsversteigerung des Pfandgrundstückes mitzuteilen, und ist ihm im Falle der Unterlassung schadensersatzpflichtig,[1]) vor allem aber gehört hierher die Herausgabepflicht bezüglich der früheren Abtretungserklärungen. Der § 403 ist für die Briefhypothek im § 1154 mit der Modifikation wiederholt, daß die Kosten der öffentlichen Beglaubigung nicht der neue, sondern der alte Gläubiger zu bezahlen hat. Für die Buchhypothek hat § 403 wohl Geltung, aber keine praktische Bedeutung, weil die Legitimation des neuen Gläubigers durch die Eintragung im Grundbuch bewirkt wird.

Im Abtretungsrecht der gewöhnlichen Obligationen spielt noch die Frage nach der Haftung des Zedenten für Vernichtung oder Beeinträchtigung des Rechtes des Zessionars, die nach der Abtretung erfolgt (§§ 406—408), eine Rolle. Die Bedeutung dieser Frage ist infolge der Bestimmung des § 1156, welcher die Geltung der §§ 406—408 für das Obligationenrecht ausschließt, für die Abtretung der Hypothek bedeutend eingeschränkt, aber doch nicht völlig ausgeschaltet; es ist z. B. an Fälle zu denken,

---

[1]) OLG. Dresden und RG. v. 21. 1. 1905, Annalen des sächs. OLG. Dresden Bd. 26 S. 265.

wo die Hypothek auf einem übermäßig belasteten Grundstück an letzter Stelle steht, also ziemlich wertlos ist, während der persönliche Schuldner ein solventer Mann ist, oder es stehen z. B. der Geltendmachung der Hypothek Einreden entgegen, die gegenüber der persönlichen Forderung nicht bestehen. Es ist zu unterscheiden, ob den Zedenten, der nach der Abtretung kraft seiner Legitimation über die persönliche Forderung des Zessionars verfügt, ein Verschulden trifft oder nicht. Ist ersteres der Fall, so greift vor allem Haftung wegen positiver Vertragsverletzung ein, event. bei vorsätzlicher, gegen die guten Sitten verstoßender Schadenszufügung kann Schadenersatz nach § 826 in Frage kommen. § 823 Abs. 1 kann nach der herrschenden und auch vom Reichsgericht vertretenen Anschauung[1]) keine Anwendung finden, weil die Forderungsrechte nicht zu den in § 823 Abs. 1 geschützten Rechten gehören, dagegen kommt event. § 823 Abs. 2 in Frage, da wissentliches Einkassieren einer fremden Forderung einen Betrug im Sinne des § 263 StGB. darstellt.[2]) In Fällen, wo den Zedenten kein Verschulden trifft, schafft das Bereicherungsrecht Ausgleich, vor allem kommt § 816 Abs. 2 in Betracht.

2. Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Schuldner einerseits, dem neuen Gläubiger andererseits.

a) Schutz des neuen Gläubigers im Hinblick auf die vor der Abtretung dem alten Gläubiger gegenüber bestehenden Einwendungen und Einreden.

§ 7.

α) Allgemeines.

Wenn wir die Wirkung der Abtretung eines Rechtes betrachten, so finden wir stets einen Konflikt zwischen den Interessen des Erwerbers einerseits und den Interessen des Schuldners andererseits. Betrachten wir diesen Interessengegensatz im Obligationenrecht, so finden wir das Problem in verschiedener Lösung vor, je nachdem wir eine gewöhnliche oder eine Skripturobligation

[1]) RG. Bd. 57 S. 353—358.
[2]) RGSt. Bd. 19 S. 161.

vor uns haben. Bei der gewöhnlichen Obligation ist der Interessenkonflikt zugunsten des Schuldners entschieden. Seine Stellung wird durch die Abtretung nicht beeinträchtigt, der neue Gläubiger erwirbt die Forderung mit den gleichen Mängeln, die dem Rechte in der Hand seines Vormanns anhafteten (§ 404). Gerade wegen dieser einseitigen Betonung der Schuldnerinteressen sind die gewöhnlichen Obligationen schlecht für den Verkehr geeignet; deshalb hat das Obligationenrecht noch eine Gruppe von Forderungen dem Verkehr zur Verfügung gestellt, bei der die Interessen des Erwerbers in den Vordergrund gestellt sind. Das sind die Forderungen aus Order- und Inhaberpapieren oder Skripturobligationen, wie man sie auch nennt. Hier ist der Schuldner in der Geltendmachung von Einwendungen und Einreden dem neuen Gläubiger gegenüber außerordentlich beschränkt (vgl. §§ 796, 784 BGB., 364 Abs. 2 HGB., 82 WO.). In der Hypothek haben wir nun auch ein Recht vor uns, das verkehrsfähig sein soll; deshalb muß auch hier der Erwerber gegen die Geltendmachung von Einwendungen und Einreden, die dem Vormann gegenüber bestanden, geschützt sein. Schwierigkeiten für die Lösung des Problems ergeben sich daraus, daß die Hypothek mit einer persönlichen Forderung verbunden ist. Die Hypothek ist als dingliches Recht ins Grundbuch eingetragen, und es ergibt sich von selbst die Anwendung der Vorschriften der §§ 891—899. Die Hypothek ist aber in gewissem Umfange von der Forderung abhängig, und mindestens insoweit muß der Erwerber auch in Ansehung der persönlichen Forderung Schutz genießen. Diesem Erfordernis hat das Gesetz in § 1138 Rechnung getragen.[1])

Um den Schutz des Erwerbers im einzelnen zu betrachten, müssen wir zuerst sehen, welchen Angriffen das Recht in den Händen des ursprünglichen Gläubigers ausgesetzt ist. Man muß hier zwischen dem persönlichen Schuldner und dem Eigentümer unterscheiden. Diese beiden brauchen keineswegs identisch zu sein, sondern fallen des öfteren auseinander, sei es, daß dies von Anfang an der Fall ist, z. B. E läßt für die Forderung des G gegen S auf seinem Grundstück eine Hypothek eintragen, sei es, daß

[1]) Mot. Bd. 3 S. 602.

die Trennung erst später erfolgt, und zwar ist hier der wichtigste Fall der, daß bei der Grundstücksveräußerung die Schuldübernahme nicht genehmigt wird. Im folgenden wird zugrunde gelegt, daß Eigentümer und persönlicher Schuldner nicht die gleichen Personen sind, weil auf diese Weise die Rechtsbeziehungen klarer zutage treten.

Was die Verteidigung des persönlichen Schuldners gegen die Forderung anlangt, so gelten hier rein die Regeln des Obligationenrechts.

Der Eigentümer kann sich gegen die Geltendmachung der Hypothek in verschiedener Weise verteidigen.

Er kann die Aktivlegitimation des Klägers bestreiten, d. h. er kann geltend machen, die Hypothek stehe nicht dem Kläger zu, sondern z. B. dem Eigentümer (§§ 1163, 1143, 1153, 1168), dem persönlichen Schuldner (§ 1164) oder einem Dritten gemäß §§ 268, 1150.

Er kann das Bestehen des dinglichen Rechts bestreiten, sei es, daß er behauptet, das dingliche Recht sei nicht zur Entstehung gelangt, oder daß er behauptet, es sei wieder erloschen.[1]) Nach dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs — anders der Zivilprozeßordnung — ist dies eine Einwendung im technischen Sinn, zu unterscheiden von der Einrede, d. h. dem Rechte, eine Leistung dauernd oder zeitweise zu verweigern. Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung liegt hauptsächlich auf prozessualem Gebiet, sofern nämlich eine Einwendung von Amts wegen zu berücksichtigen ist, während die Einrede vom Beklagten vorgebracht werden muß, um Berücksichtigung zu finden; ein weiterer wichtiger Unterschied liegt darin, daß das einredebehaftete Recht durch Verzicht auf die Einrede zur vollen Wirksamkeit gelangen kann, während ein nicht oder nicht mehr bestehendes Recht neu begründet werden muß.

Er kann Einreden gegen das dingliche Recht vorbringen, z. B. geltendmachen, der Hypothekengläubiger habe sich verpflichtet, die Hypothek nicht, oder nur unter gewissen Voraussetzungen oder erst nach einer bestimmten Zeit geltend zu machen, auf

---

[1]) Beispiele s. Komm. d. RGRäte 1 zu § 1137.

die Hypothek zu verzichten, die Löschung der Hypothek bewilligen usw.[1])

Das Gesetz gibt aber dem Eigentümer weiter die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden (§ 1137). Von Wichtigkeit sind hier vor allem die Einrede der Stundung, die Einrede des nichterfüllten Vertrags (§§ 320, 321), die Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§ 273), die Einrede der Vorausklage (§ 771), wenn die Hypothek für eine Bürgschaftsschuld bestellt ist, die Einrede der Minderung beim Kauf,[2]) die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 821), die Einrede des Delikts (§ 853). Diese Einreden können dem Eigentümer auch nicht durch Verzicht des persönlichen Schuldners entzogen werden (§ 1137 Abs. 2). Keine Einrederechte sind das Anfechtungsrecht (z. B. wegen Betrugs) und das Aufrechnungsrecht; sie haben allerdings insofern eine gewisse Ähnlichkeit mit den Einreden, als die Anfechtung bezw. Aufrechnung ebenfalls erklärt werden muß, um im Prozesse berücksichtigt zu werden, sie unterscheiden sich aber doch grundsätzlich von den Einrederechten dadurch, daß sie rechtsvernichtende Wirkung besitzen, und zwar auch bei außergerichtlicher Erklärung; der Eigentümer ist also nicht berechtigt, das Schuldverhältnis anzufechten, wenn der persönliche Schuldner ein Anfechtungsrecht hat, er kann auch nicht etwa mit einer Forderung des persönlichen Schuldners aufrechnen. Das Wort „Einrede" in § 1137 ist nicht etwa im Sinne von Einwendung, sondern im streng technischen Sinn als Leistungsverweigerungsrecht zu verstehen; wenn der Eigentümer geltend macht, die Forderung sei nicht zur Entstehung gelangt oder erloschen, so enthält dies ein Bestreiten der Aktivlegitimation des Gläubigers. Kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift sind aber einige Einreden des persönlichen Schuldners der Geltendmachung durch den Eigentümer entzogen. Dies sind:

---

[1]) Daß der Eigentümer die bis jetzt angeführten Einwendungen und Einreden geltend machen kann, war in § 1084 des 1. Entw. ausdrücklich bestimmt, wurde aber im 2. Entwurf als selbstverständlich gestrichen (Prot. Bd. 3 S. 581).

[2]) Die Einrede der Wandelung kann der Eigentümer wohl nicht geltend machen, doch wird nichts im Wege stehen, die Wandelungseinrede analog dem Anfechtungsrecht zu behandeln; vgl. RG. Bd. 66 S. 332—335.

1. die Einrede der beschränkten Erbenhaftung (§ 1137 Abs. 1 Satz 2);
2. die Verjährungseinrede in Ansehung des Hauptanspruchs (§ 223 Abs. 1 u. 3);
3. die Einrede der Konkurseröffnung (vgl. § 47 KO.) und der Beendigung des Konkursverfahrens durch Zwangsvergleich (§ 193 Satz 2 KO.).

Diese Ausnahmen ergeben sich aus dem Sicherungszweck der Hypothek von selbst.

Darüber hinausgehend ist noch bestimmt, daß der Eigentümer auch die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen könne (§ 1137). Der Eigentümer kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem persönlichen Schuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten, oder solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des persönlichen Schuldners befriedigen kann. Verzichtet der Schuldner auf das Anfechtungsrecht oder läßt er z. B. die Anfechtungsfrist verstreichen oder beseitigt er die Möglichkeit der Aufrechnung durch Einziehung oder sonstige Verfügung über seine Gegenforderung oder dadurch, daß er der Aufrechnung des Gläubigers mit einer anderen Forderung nicht gemäß § 396 widerspricht, so verliert damit auch der Eigentümer die ihm gewährte dilatorische Einrede.[1]) Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 1137, wo es heißt, der Eigentümer verliert eine Einrede nicht dadurch, daß der persönliche Schuldner auf sie verzichtet; es ist also durch den Wortlaut nur der Fall getroffen, wenn der persönliche Schuldner auf eine ihm zustehende „Einrede" verzichtet, Anfechtungs- und Aufrechnungsrecht sind aber, wie schon erwähnt, keine Einreden, sondern von diesen scharf zu scheiden. Weiter ist in § 770 gesagt, der Bürge kann die Leistung verweigern, so-

---

[1]) So Planck 5 zu § 1137; Kober II A 3 zu § 1137; Fuchs 3b zu § 1137; Komm. d. RGRäte 5 zu § 1137 u. a. (herrschende Ansicht); and. A. Endemann Bd. 2, 1 S. 857; wohl auch Dernburg S. 793 und bezüglich der entgegen der gesetzlichen Berechnungsart (§§ 396, 366, 367) erfolgenden Aufrechnung auch Turnau-Förster I, II, 2 zu § 1137; Willenbücher 2 B zu § 1137.

lange der Hauptschuldner anfechten oder der Gläubiger sich durch Aufrechnung befriedigen kann, nachher also nicht mehr. Dieses Ergebnis entspricht auch der ratio des Gesetzes, welches nicht etwa dem Eigentümer das Anfechtungs- und Aufrechnungsrecht des persönlichen Schuldners gewährt, sondern ihm nur die dilatorische Einrede des § 770 gibt und dadurch zum Ausdruck bringt, daß dem persönlichen Schuldner die Verfügungsfreiheit in dieser Richtung vorbehalten bleiben soll.

§ 8.

β) Bei der Buchhypothek.

Wie steht es nun, wenn die Hypothek abgetreten wird? Kann der Eigentümer dem Erwerber der Hypothek die gleichen Einwendungen und Einreden entgegensetzen wie dem Zedenten oder nicht?

Was den Erwerb des dinglichen Rechtes anlangt, so greifen hier unmittelbar die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ein. Nach § 892 gilt zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, der Inhalt des Grundbuchs als richtig. Beglaubigt wird also die Existenz des dinglichen Rechtes, und zwar daß es so existiert, wie es sich im Grundbuch darstellt, mit keinen anderen Mängeln behaftet, als wie sie aus dem Grundbuch ersichtlich sind; der Eigentümer kann also Einwendungen und Einreden bezüglich des dinglichen Rechtes einem gutgläubigen Erwerber nicht entgegenhalten. Die Frage, ob Einreden, die gegen den alten Gläubiger auf Grund eines persönlichen Rechtsverhältnisses zwischen ihm und dem Eigentümer bestanden, auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden können, erscheint an und für sich zweifelhaft, wäre aber auf Grund der §§ 404, 413 zu bejahen. Der 1. Entwurf hat es als unvereinbar mit der dinglichen Natur der Hypothek abgelehnt, daß obligatorische Beziehungen zwischen Eigentümer und Gläubiger einem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden können.[1])

[1]) Mot. Bd. 3 S. 701.

In § 1064 des 2. Entw. wurde aber mit Rücksicht auf die Billigkeit und das Verkehrsbedürfnis und namentlich im Anschluß an das preuß. EEG. § 38 die entgegengesetzte Bestimmung aufgenommen.[1]) § 1064 des 2. Entwurfs ist als § 1157 in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen. Diese Geltendmachung von obligatorischen Einreden ist aber nicht schrankenlos gestattet, sondern auch hier genießt der gutgläubige Erwerber den Schutz des § 892.

Was die Einreden anlangt, die dem Eigentümer auf Grund des § 1137 zustehen, so greift hier die Bestimmung des § 1138 ein. Hier heißt es: „die Vorschriften der §§ 891—899 gelten für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden". § 1138 erweitert also den in § 892 statuierten öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Für den redlichen rechtsgeschäftlichen Erwerber wird auch die Existenz der persönlichen Forderung in den Händen des Gläubigers beglaubigt, sowie daß der persönlichen Forderung keine anderen Einreden entgegenstehen als die im Grundbuch ersichtlichen. Diese Erstreckung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf die Forderung ergibt sich aus der Gestaltung, welche die Hypothek im Bürgerlichen Gesetzbuch gefunden hat, mit unabweisbarer Notwendigkeit. Das Grundbuch beglaubigt in Ansehung der Hypothek nicht, daß der im Grundbuch als Gläubiger Eingetragene in Wirklichkeit auch Gläubiger ist,[2]) dies hängt vielmehr davon ab, ob auch die persönliche Forderung für ihn entstanden bezw. ob sie nicht wieder erloschen ist. Wenn die Hypothek ein verkehrsfähiges Recht darstellen soll, so muß der Erwerber sich zum mindesten darauf verlassen können, daß dem im Grundbuch als Gläubiger Eingetragenen auch die Hypothek zusteht, aber noch weiter ist zur Schaffung der vollen Verkehrsfähigkeit erforderlich, daß der Erwerber die Hypothek so erwirbt, wie sie sich in Verbindung mit der zugrunde liegenden Forderung darstellt, z. B. bezüglich Zinsen, Nebenleistungen, Fälligkeit usw. Dieses Resultat wird nun aber durch die Erstreckung des

---

[1]) vgl. Prot. Bd. 3 S. 582ff.
[2]) And. A. Wolff S. 483.

öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf die persönliche Forderung erreicht.[1]) Die Ausdehnung des öffentlichen Glaubens gilt aber nur für die Hypothek, nur für das dingliche Recht; es ist nicht etwa so, daß eine persönliche Forderung, die noch nicht zur Entstehung gelangt oder erloschen oder auf einen Dritten übergegangen ist, in den Händen des Erwerbers neu geschaffen wird, sondern er erwirbt lediglich das dingliche Recht, und die persönliche Forderung wird durch das Grundbuch insoweit beglaubigt, als sie für die Hypothek in Betracht kommt. Klagt also der Erwerber einer Hypothekenforderung auf Grund des persönlichen Schuldverhältnisses, so muß er die Existenz des Rechtes seines Vormanns und den Rechtserwerb beweisen und muß sich alle Einreden aus der Person seines Vormanns gefallen lassen; stellt er aber die dingliche Klage an, so steht ihm die Vermutung des § 891 zur Seite, den Gegenbeweis, daß seinem Rechtsvorgänger das Recht nicht zugestanden habe, kann er durch Berufung auf § 892 aus dem Felde schlagen. Erhebt der Zessionar also zugleich die Schuldklage und die dingliche Klage, so ist es möglich, daß er mit der Schuldklage abgewiesen wird, während er mit der dinglichen Klage durchdringt. Es wäre aber trotzdem nicht richtig, wenn man jede Einwirkung des gutgläubigen Erwerbs der Hypothek auf die persönliche Forderung ablehnen würde. Ist eine persönliche Forderung überhaupt nicht zur Entstehung gelangt, oder ist sie wieder erloschen, so kann natürlich von einer Einwirkung des dinglichen Rechtserwerbs auf die persönliche Forderung nicht die Rede sein. Wie steht es aber, wenn sich eine Trennung des dinglichen Rechtes von der persönlichen Forderung in der Weise vollzieht, daß die Forderung bei einem früheren Gläubiger zurückbleibt, während das dingliche Recht weiter wandert, z. B. ein geschäftsunfähiger Gläubiger zediert die Hypothekenforderung, der Zessionar erwirbt weder Forderung noch Hypothek, wird aber als Hypothekengläubiger legitimiert und überträgt kraft dieser Legitimation auf einen gutgläubigen Dritten gemäß §§ 1138, 892 die Hypothek, nicht aber die Forderung. Eine Trennung von Hypothek und Forderung ist auch möglich, wenn

[1]) vgl. Mot. Bd. 3 S. 602.

ein Bürge oder Lösungsberechtigter leistet und damit Forderung und Hypothek erwirbt, während der ursprüngliche Gläubiger noch legitimiert ist und die Hypothek an einen gutgläubigen Dritten überträgt. Liegt nun in diesen Fällen die Sache so, daß der Dritte Gläubiger der Hypothek und der ursprüngliche Gläubiger noch Gläubiger der Forderung ist, und daß nun beide ungehindert gegen den Eigentümer bezw. Schuldner ihre Rechte geltend machen können.[1]) Dies kann nicht als richtig anerkannt werden, vielmehr steht der Geltendmachung der persönlichen Forderung eine Einrede entgegen. Dies ergibt sich aus folgendem: Man kann es wohl als allgemeinen Rechtsgrundsatz bezeichnen, daß der gutgläubige Erwerb auf Konto des Rechtsinhabers und nicht auf das Konto eines Dritten geht. Dies ergibt sich aus der Natur der Sache. Wenn man nun in den angeführten Fällen dem Gläubiger der Forderung deren unbeschränkte Geltendmachung zugestehen würde, so wäre die Folge, daß der Rechtsverlust auf Kosten des persönlichen Schuldners oder des Eigentümers anstatt auf Kosten des Gläubigers ginge. Nehmen wir den Fall, es wird für eine Darlehensforderung eine Grundschuld bestellt oder ein Wechsel hingegeben, die Grundschuld oder Wechselforderung wird, gleichgültig ob dies durch Vermittlung des guten Glaubens geschieht oder nicht, weiterübertragen, so ist die ungehinderte Geltendmachung der Darlehensforderung durch den ursprünglichen Gläubiger unmöglich; dies ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen und kann bei der Hypothek nicht anders sein, denn § 1138 bezweckt nicht eine Einschränkung der allgemeinen Rechtsgrundsätze, sondern eine Erweiterung der allgemeinen Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Diese Auffassung findet auch in § 1161 eine Stütze, der persönliche Schuldner, der zugleich Eigentümer ist, kann der Geltendmachung der Forderung widersprechen, wenn der Gläubiger der Forderung nicht gemäß § 1160 legitimiert ist; weshalb soll der Gläubiger mit seiner Forderung dann durchdringen, wenn der persönliche Schuldner und Eigentümer verschiedene Personen sind? Ein Grund für eine

---

[1]) Auf diesem Standpunkt steht anscheinend Sternberg in IheringsJ. Bd. 25 S. 407, wo diese Frage gestreift ist.

solche verschiedene Behandlung wird sich nicht finden lassen, es würden sich im Gegenteil unter Umständen der ratio des § 1161 gerade entgegenlaufende Resultate ergeben. Ferner wird die vertretene Auffassung durch § 1143 bestärkt, wo bestimmt ist, daß der nicht mit dem persönlichen Schuldner zusammenfallende Eigentümer, welcher den Gläubiger befriedigt, die Forderung erwerben soll; dies gilt auch dann, wenn der Gläubiger der Hypothek und der Gläubiger der Forderung verschiedene Personen sind; der Forderungsgläubiger verliert in diesem Falle also seine Forderung, und dadurch kommt deutlich zum Ausdruck, daß wir kein schutzwürdiges Recht vor uns haben; man wird sogar so weit zu gehen haben, daß man sagt, Leistung des Eigentümers, der zugleich persönlicher Schuldner ist, an den Gläubiger der Hypothek bringt die Forderung zum Erlöschen und hat gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2 den Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer zur Folge. Weiter ergibt sich aus §§ 1164 Abs. 1, 1163 Abs. 1 Satz 2, daß das Gesetz davon ausgeht, daß die Leistung des persönlichen Schuldners den Erwerb der Hypothek durch ihn selbst oder durch den Eigentümer zur Folge haben soll, und man wird sagen müssen, daß in Fällen, wo diese Folgen nicht eintreten können, der Schuldner auch nicht zur Leistung gezwungen werden kann.

Geschützt wird aber nach § 892 nur der rechtsgeschäftliche Erwerber, nicht etwa der, welcher die Hypothek kraft Gesetzes oder im Wege der Zwangsvollstreckung erwirbt. Wenn wir die Konstruktion des Bürgerlichen Gesetzbuches bezüglich der Abtretung der Hypothek konsequent festhalten würden, kämen wir zu folgendem Ergebnis: Gegenstand der Abtretung ist die Forderung, mit der Abtretung der Forderung geht die Hypothek kraft Gesetzes auf den Erwerber über, bezüglich der Forderung kann § 892 keine Anwendung finden, da die Forderung kein Recht an einem Grundstück ist, aber auch bezüglich des dinglichen Rechts ist der Tatbestand des § 892 nicht gegeben, da ja die Hypothek kraft Gesetzes auf den Erwerber übergeht. Diese Konsequenz wird aber von niemandem gezogen und entspricht auch nicht dem Sinn des Gesetzes, es geht auch aus dem Wörtchen „auch" in § 1138 mit Deutlichkeit hervor, daß das Gesetz eine direkte Anwendung des

§ 892 auf den Erwerb der Hypothek für selbstverständlich hält. Ob der rechtsgeschäftliche Erwerb ein entgeltlicher oder ein unentgeltlicher ist, macht keinen Unterschied, der Ausgleich findet sich im Bereicherungsrecht. Ausgeschlossen ist der Schutz des guten Glaubens dann, wenn ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs in diesem eingetragen ist oder wenn dem Erwerber die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt ist. Ob diese Kenntnis vorhanden ist, ist Frage der Beweiswürdigung im einzelnen Fall. Es ist aber Kenntnis der Unrichtigkeit erforderlich, grobfahrlässige Unkenntnis genügt nicht. Auch auf Rechtsirrtum beruhende Unkenntnis, z. B. der Erwerber einer Hypothek behauptet, er habe zwar gewußt, daß für die Hypothek keine Valuta geleistet sei, habe aber nicht gewußt, daß in diesem Fall die Hypothek dem Eigentümer zustehe, schließt den guten Glauben nicht aus, nur wird in diesen Fällen oft die tatsächliche Beweiswürdigung dazu führen, daß man Kenntnis der Unrichtigkeit zugrunde legt. Wie steht es in Irrtumsfällen? Z. B. der Erwerber einer Hypothek nimmt an, die hypothekarisch gesicherte Darlehensforderung sei 5 Jahre lang gestundet, in Wirklichkeit ist das Darlehen gar nicht entstanden, oder er nimmt an, gegenüber der der Hypothek zugrunde liegenden Kaufpreisforderung bestehe die Wandelungs- oder Minderungseinrede, in Wirklichkeit ist das Kaufgeschäft nichtig und die Kaufpreisforderung gar nicht zur Entstehung gelangt. Bei strikter Wortauslegung wird man zum Resultat kommen, der vorhandene Mangel wird durch den guten Glauben gedeckt, der vorhanden geglaubte Mangel ist in Wirklichkeit nicht vorhanden, also erwirbt in diesen Fällen der Erwerber ein mangelfreies Recht. Man wird aber sagen müssen, der Erwerber erwirbt ein Recht von der Qualität, wie er es zu erwerben geglaubt hat; wenn die Qualität des Rechtes besser ist, als er geglaubt hat, dann erwirbt er das Recht, wie es besteht. Diese Auslegung führt zum billigeren Ergebnis, und es besteht kein Bedürfnis, einem Erwerber mehr zu gewähren, als er zu erhalten glaubt und erhalten will. Der öffentliche Glaube ist auch ausgeschlossen, wenn zur Zeit der Abtretung ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs im Grundbuch eingetragen ist (§§ 894, 899). Eine besondere Kraft hat der Widerspruch gemäß § 1139, der binnen

eines Monats nach Eintragung der Hypothek eingetragen wird und sich darauf stützt, daß die Hingabe des für die Hypothek versprochenen Darlehens unterblieben sei; dieser Widerspruch gilt als gleichzeitig mit der Eintragung der Hypothek eingetragen, hat also rückwirkende Kraft und bildet eine wichtige Ausnahme von dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Auch eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Abtretung oder Löschung einer Hypothek hat zur Folge, daß eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung getroffen wird, insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde (§ 883). Über den für den guten Glauben maßgebenden Zeitpunkt vgl. § 892 Abs. 2. Durch das Grundbuch wird nicht nur die Gläubigerschaft des als Gläubiger Eingetragenen beglaubigt, sondern auch das Fehlen von Verfügungsbeschränkungen im Interesse einzelner (§ 892 Abs. 1 Satz 2). Nicht geheilt durch den guten Glauben werden allgemeine rechtsgeschäftliche Voraussetzungen, z. B. mangelnde Geschäftsfähigkeit des Zedenten, mangelnde Vollmacht eines Stellvertreters des Zedenten; hier bleibt der Zedent Gläubiger und das Grundbuch wird durch Eintragung des Zessionars unrichtig; selbstverständlich kann aber ein späterer Zessionar von dem zu Unrecht als Gläubiger Eingetragenen auf Grund guten Glaubens ein vollgültiges Recht erwerben.

Bei Verfügungen über eine Hypothek, ehe sie im Grundbuch eingetragen ist, kann sich der Erwerber nicht auf § 892 berufen, denn solange eine Hypothek nicht im Grundbuch eingetragen ist, kann auch nicht der öffentliche Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs in Frage kommen.[1])

Kann eine durch Zuschlag bei der Zwangsversteigerung gemäß § 52, 91 ZVG. erloschene Hypothek in den Händen eines gutgläubigen Erwerbers neu zur Entstehung gelangen? Das Reichsgericht (Bd. 76 S. 373 ff.) hat sich dagegen entschieden, da das nach § 92 ZVG. an die Stelle des erloschenen Rechts tretende Recht auf dem Versteigerungserlös kein Recht am Grundstück sei; der Erwerber könne sich auch nicht auf den guten Glauben des Grundbuchs berufen, da das Grundbuch durch den Versteigerungs-

[1]) RG. Bd. 74 S. 416.

vermerk auf die Möglichkeit der Erlöschung der Hypothek infolge Zuschlags hinweise, ferner auch der Versteigerungstermin öffentlich bekanntgemacht und der Zuschlag verkündet werde (§§ 39, 89 ZVG.). Diese Entscheidung kann nicht als richtig anerkannt werden.[1]) Denn einmal ist es keine Voraussetzung des § 892, daß ein Recht an einem Grundstück wirklich vorhanden ist, und was den zweiten vom Reichsgericht angeführten Grund anlangt, so ist es eben Frage der Beweiswürdigung, ob auf Grund der angeführten Umstände der gute Glaube ausgeschlossen ist oder nicht.

Abweichungen von den angeführten Grundsätzen gelten für Zinsen und Nebenleistungen gemäß §§ 1158, 1159.

Dem Eigentümer gehen also bei der Abtretung der Hypothek an einen gutgläubigen Erwerber alle Einwendungen und Einreden, die ihm gegen dessen Vormann zustanden, verloren.

§ 9.

γ) Bei der Briefhypothek.

Für die Briefhypothek gelten die gleichen Regeln wie für die Buchhypothek, nur durch das Vorhandensein des Hypothekenbriefs ergeben sich einige Abweichungen.

Dem Hypothekenbrief ist durch § 1140 eine Mitwirkung eingeräumt bei der Frage, worauf ein Erwerber seinen guten Glauben stützen kann. In § 1140 ist bestimmt, der Erwerber kann sich nicht auf den Inhalt des Grundbuches berufen, soweit sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief oder einem Vermerk auf dem Briefe ergibt; ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, der aus dem Brief oder einem Vermerk auf dem Brief hervorgeht, steht einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruch gleich. Der Brief hat also nicht positiven öffentlichen Glauben, wer sich auf den Inhalt des Briefes verläßt, ist nicht geschützt; nur das Grundbuch hat öffentlichen Glauben, aber der Brief hat die Kraft, den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu zerstören. Lautet z. B. das Buch auf 1000, der Brief auf 10 000, die Hypo-

[1]) So auch Goldmann-Lilienthal S. 552 Anm. 19.

thek ist in Wirklichkeit 1000, so wird der, welcher im Vertrauen auf den Brief 10000 zu erwerben glaubt, nicht geschützt; lautet das Buch auf 10000, der Brief auf 1000, die Hypothek ist in Wirklichkeit 1000, so wird der, welcher im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs 10000 zu erwerben glaubt, nicht geschützt, da die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief hervorgeht, also nur das Vertrauen auf Buch und Brief zusammen vermag den gutgläubigen Erwerb zu vermitteln. Wenn man sagen kann, die Unrichtigkeit des Grundbuchs „geht" aus dem Brief oder einem Vermerk auf dem Brief „hervor", ist Frage der Beweiswürdigung im einzelnen Fall; jedenfalls aber ist es objektiv zu verstehen, d. h. es kommt darauf an, ob der Richter, welcher den wahren Sachverhalt kennt, zum Resultat kommt, dieser wahre Sachverhalt ist aus dem Brief ersichtlich. Es dürfen aber beim Erwerber keine besonderen Eigenschaften, z. B. Kenntnis fremder Sprachen, Kenntnis der Stenographie usw., vorausgesetzt werden, andererseits kann sich aber ein Erwerber auch nicht darauf berufen, für ihn ergebe sich die Unrichtigkeit des Buches nicht aus dem Brief, weil er nicht lesen könne usw. Der Vermerk braucht nicht durch das Grundbuchamt auf den Brief gesetzt zu sein, es genügt auch ein privatschriftlicher Vermerk, gleichgültig ob er vom Eigentümer, einem Gläubiger oder einem Dritten auf den Brief gesetzt wurde; nicht einmal Datum oder Unterschrift ist unbedingt erforderlich. In den Fällen der §§ 1145, 1150, 1167, 1168 Abs. 3 ist der Gläubiger verpflichtet, einen solchen Vermerk auf den Brief zu setzen. Für die Einschränkung, daß Privatvermerke nur dann erheblich seien, wenn sie ersichtlich mehr als Notizen für den eigenen Gebrauch des Schreibers seien,[1]) ergibt das Gesetz keinen Anhalt und es ist auch nicht einzusehen, weshalb eine solche Privatnotiz, sofern nur aus ihr die Unrichtigkeit des Grundbuchs hervorgeht, belanglos sein soll. § 1140 Satz 2 denkt nicht nur an den Fall, daß durch Versehen des Grundbuchamtes ein Widerspruch nur auf dem Brief vermerkt, nicht aber im Buch eingetragen wurde, sondern schon die Fassung des § 1140 Satz 2 ergibt, daß es gleichgültig ist, von wem der Vermerk auf dem

[1]) Wolff S. 507.

Briefe herrührt.[1]) Was die Frage anlangt, auf welche Art solchen Privatvermerken ihre Rechtswirksamkeit wieder entzogen werden könne, so trifft das Gesetz hierüber keine Bestimmung. Von einigen Schriftstellern[2]) wird schriftliche Erklärung des Eigentümers und zwar in öffentlich beglaubigter Form gefordert. Einen Anhalt im Gesetz findet diese Auffassung nicht; hier heißt es eben, soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Brief hervorgeht, ist der öffentliche Glauben ausgeschlossen; was nun dazu gehört, um einem solchen Vermerk die Wirksamkeit zu nehmen, so daß man sagen kann, die Unrichtigkeit des Grundbuchs geht nicht aus dem Briefe hervor, ist Frage der Beweiswürdigung im einzelnen Fall.[3]) Das Vorliegen einer öffentlich beglaubigten Erklärung des Eigentümers wird in der Regel die Wirksamkeit eines privatschriftlichen Vermerks aufheben, auch wenn z. B. die öffentliche Beglaubigung durch Täuschung einer Behörde erlangt wurde oder wenn die öffentliche Beglaubigung gefälscht ist; einfaches Durchstreichen wird dagegen in der Regel nicht genügen, wohl aber unter Umständen eine privatschriftliche Erklärung des Eigentümers. Ist der Vermerk unleserlich gemacht, z. B. herausradiert, so ist damit dem Vermerk seine Wirksamkeit genommen. Dieses Resultat enthält eine gewisse Unbilligkeit gegenüber dem Eigentümer, ergibt sich aber mit Notwendigkeit aus dem Gesetz, und die Unbilligkeit für den Eigentümer ist nicht größer, als wie sie in dem Institut des gutgläubigen Erwerbs überhaupt liegt. Der Grund der Vorschrift des § 1140 ist einleuchtend, das Gesetz muß zum Schutze von Treu und Glauben im Verkehr davon ausgehen, daß niemand eine Briefhypothek erwirbt, ohne vorher Kenntnis von dem Inhalt des Briefes genommen zu haben.[4]) In den Fällen der Übergabe des Hypothekenbriefes würde auch ohne die Bestimmung des § 1140 die tatsächliche Beweiswürdigung in der Regel dazu führen, Kenntnis des Briefinhalts durch den Erwerber und Schlechtgläubigkeit anzunehmen; durch § 1140 geht

[1]) vgl. Kober 2ca zu § 1140 und dort angef. Lit.

[2]) Kretzschmar 4 zu § 1140; Kober 5 zu § 1140; Willenbücher S. 184.

[3]) So auch Planck 2 zu § 1140.

[4]) vgl. Mot. Bd. 3 S. 756.

aber das Gesetz noch weiter und schließt den Gegenbeweis des Erwerbers, daß er von dem Inhalt des Briefes keine Kenntnis genommen habe, aus, und auch in den Fällen wo nicht Übergabe, sondern Übergabeersatz vorliegt, kann sich der Erwerber nicht darauf berufen, daß er von dem Inhalt des Briefes keine Kenntnis genommen habe. Um eine Divergenz von Buch und Brief möglichst zu vermeiden, ist in GBO. §§ 42 Abs. 1 Satz 1, 62 bestimmt, daß bei der Briefhypothek eine Eintragung im Grundbuch nur erfolgen soll, wenn der Brief vorgelegt wird, und daß die Eintragung im Grundbuch auch auf dem Brief vermerkt werden soll. Vgl. aber §§ 42 Abs. 1 Satz 2, 54 Abs. 2 mit § 62 Abs. 2 GBO. Bei Erneuerung des Briefes sind nach § 68 Abs. 2 GBO. Vermerke gemäß §§ 1140, 1145, 1157 auf den neuen Brief zu übertragen.

Eine weitere Abweichung vom Rechte der Buchhypothek ist in § 1155 statuiert. Der Zweck des Hypothekenbriefes ist, die Übertragung des Hypothekenrechts außerhalb des Grundbuchs zu ermöglichen und dadurch die Hypothek zu einem leicht übertragbaren und damit verkehrsfähigen Rechte zu machen. Dieser Zweck wird aber nur dann erreicht, wenn der Erwerber bei der außerhalb des Grundbuchs erfolgenden Übertragung ebenso gegenüber den Einwendungen und Einreden, die gegen einen Vormann bestanden, geschützt ist, wie wenn er von einem im Grundbuch eingetragenen Gläubiger erwerben würde. Auf Grund der allgemeinen Vorschriften würde dem, der von einem nicht eingetragenen Gläubiger eine Briefhypothek erwirbt, nur der objektive Bestand der Hypothek mit dem aus Buch und Brief ersichtlichen Inhalt beglaubigt, nicht aber die Gläubigerschaft und Verfügungsmacht seines Rechtsvorgängers, es könnte ihm also z. B. entgegengehalten werden, dein Vormann war nicht Gläubiger (weil z. B. die Hypothek durch Zahlung auf den Eigentümer übergegangen ist), also bist auch du nicht Gläubiger geworden. Durch Zulassung einer solchen Einwendung wäre aber der leichten Umlaufsfähigkeit der Briefhypothek das Todesurteil gesprochen.[1]) Deshalb greift § 1155 ein und bestimmt: „Ergibt sich das Gläubiger-

[1]) vgl. Mot. Bd. 3 S. 752 ff., 616.

recht des Besitzers des Hypothekenbriefs aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, so finden die Vorschriften der §§ 891—899 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefs als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre. Einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung steht gleich ein gerichtlicher Überweisungsbeschluß und das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung".

Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 1155 ist also titulierter Briefbesitz des Gläubigers (Fuchs 2 zu § 1155). Daß der Gläubiger Besitzer des Briefes sein muß, erklärt sich daraus, daß zum Erwerb einer Briefhypothek Besitzerwerb am Brief erforderlich ist. Der Besitz muß Eigenbesitz sein. Es genügt aber mittelbarer Besitz, dies ergibt sich daraus, daß auch Wechsel des mittelbaren Besitzes zur Abtretung der Briefhypothek genügt. Der Nachweis, daß dem Gläubiger der Brief übergeben wurde, ist nicht erforderlich (§ 1154 Abs. 1 Satz 1 mit § 1117 Abs. 3), ebensowenig der Nachweis, daß beim Vorhandensein mehrerer Vormänner der Brief vom einen dem andern übergeben wurde. Tituliert ist der Briefbesitz, wenn eine zusammenhängende auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, gerichtlichen Überweisungsbeschlüssen oder öffentlich beglaubigten Anerkenntnissen der kraft Gesetzes erfolgten Übertragungen der Forderung vorliegt. Was die Abtretungserklärungen anlangt, so genügt zwar zur Rechtsübertragung einfache Abtretungserklärung; um aber die Wirkung des § 1155 zu erlangen, müssen die Abtretungserklärungen gemäß § 129 BGB. öffentlich beglaubigt sein. Auf diese Weise sollte eine erhöhte Garantie dafür geschaffen werden, daß regelmäßig bei der Abtretung seitens der Vormänner auch der Hypothekenbrief übergeben worden sei, und daß wirklich eine gültige Zession stattgefunden habe, insbesondere sei die Gefahr einer Fälschung von Abtretungserklärungen eine geringere.[1]) Wird die öffentliche Beglaubigung

[1]) Prot. Bd. 3 S. 657.

gefälscht, so kann die Wirkung des § 1155 nicht eingreifen, denn in Wirklichkeit liegt dann keine „öffentlich beglaubigte" Abtretungserklärung vor, sondern nur der Schein einer solchen. Wird die öffentliche Beglaubigung durch Täuschung der Behörde erlangt, so ist dies auf die Wirksamkeit der Beglaubigung ohne Einfluß. Dieselbe Wirkung wie eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung hat ein gerichtlicher Überweisungsbeschluß. Hier herrscht nun Streit, ob dies nur für die Überweisung an Zahlungsstatt gilt[1]) oder ob auch in gewissem Umfang die Überweisung zur Einziehung in Betracht kommt.[2]) Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, wie wir juristisch die Überweisung zur Einziehung auffassen, sagen wir, es findet kein Gläubigerwechsel statt, so müssen wir zu ersterer Auffassung gelangen, sagen wir aber, bei der Überweisung zur Einziehung geht die gepfändete Forderung, wenn auch mit beschränkter Wirkung in das Vermögen des Pfändungsgläubigers über, so ergibt sich die letztere Auffassung als die richtige. Der praktische Unterschied ist nicht allzu erheblich. Vom Standpunkt der herrschenden Ansicht aus kommt dem Pfändungsgläubiger die Vermutung des § 891 Abs. 1, die (event. mit § 1155) für das Gläubigerrecht des Pfändungsschuldners spricht, in Verbindung mit dem Überweisungsbeschluß des Vollstreckungsgerichtes zugute,[3]) vom entgegengesetzten Standpunkt aus kann sich der Pfändungsgläubiger direkt auf § 1155 mit § 891 Abs. 1 stützen. Was den § 892 anlangt, so kann er beim Vorliegen einer Überweisung zur Einziehung der Natur der Sache nicht zur Anwendung kommen. Leistet der Eigentümer an den Pfändungsgläubiger oder nimmt er ein Rechtsgeschäft mit ihm vor, das eine Verfügung über das Recht enthält, so ist er vom ersten Standpunkt aus durch § 836 Abs. 2 ZPO., vom letzten

---

[1]) So die herrschende Meinung: Planck 2bβ zu § 1155; Fuchs 3b zu § 1155; Kretzschmar II 2b zu § 1155; Turnau-Förster 3 zu § 1155; Biermann 1b zu § 1155; Komm. d. RGRäte 4 zu § 1155; Willenbücher I, 2b zu § 1155; Oberneck 2 S. 204; Güthe 24 zu § 40; Predari S. 153; Dernburg S. 684 Anm. 7; Crome S. 717a, 42 u. a.

[2]) So Wolff S. 509; Goldmann-Lilienthal S. 506 Anm. 23.

[3]) And. A. Goldmann-Lilienthal S. 506 Anm. 23.

Standpunkt aus durch § 1155 mit § 893 gedeckt. Ein Unterschied ergibt sich im Hinblick auf die §§ 894—899; der Berichtigungsanspruch und das Recht auf Eintragung eines Widerspruchs geht im ersteren Fall gegen den Pfändungsschuldner als den Gläubiger, dessen Recht durch die Eintragung betroffen wird, im letzteren Fall gegen den Pfändungsgläubiger. Zweifellos ist, daß wir juristisch so oder so konstruieren können, richtiger aber dürfte es sein, keinen Gläubigerwechsel anzunehmen; wenn das Gesetz von „Überweisung" zur Einziehung spricht, so würde dies zwar eher auf einen Übergang des Rechts hindeuten, aber die Regelung im einzelnen (z. B. § 843 ZPO., vgl. auch die Bestimmungen der §§ 1282 ff.) spricht mehr für die Annahme, daß das Recht im Vermögen des Pfändungsschuldners verbleibt und der Pfändungsgläubiger nur berechtigt ist, zur Verwirklichung seines Pfandrechts die Forderung einzuziehen. Man wird also zu sagen haben, gerichtliche Überweisung im Sinne des § 1150 ist nur die Überweisung an Zahlungsstatt. Durch § 1155 soll aber keineswegs der gute Glaube dessen, dem eine Forderung überwiesen wird, geschützt werden. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 1155 unzweifelhaft. Es heißt hier: „Ergibt sich das Gläubigerrecht . . ., so findet § 892 Anwendung, wie wenn . . . eingetragen wäre", also wenn jemand in der angegebenen Weise legitimiert ist, dann soll ein gutgläubiger rechtsgeschäftlicher Erwerber so geschützt werden, wie wenn der legitimierte Briefbesitzer als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre. Die entgegengesetzte Auffassung würde auch der ratio legis widersprechen, denn es ist kein Grund vorhanden, weshalb der, welcher von einem gemäß § 1155 legitimierten Gläubiger eine Hypothek durch Überweisungsbeschluß erwirbt, besser gestellt sein sollte als wie der, welcher sie vom eingetragenen Gläubiger erwirbt.[1]) Wenn aber gesagt wird: „wenn der gerichtliche Überweisungsbeschluß den Schluß der Kette bildet, so soll § 1155 nicht einschlagen",[2]) so ist dies unrichtig, denn die §§ 891, 893—899 kommen in diesem Fall sehr wohl zur Anwendung.

---

[1]) vgl. Prot. Bd. 3 S. 658.

[2]) Kober Va zu § 1155.

Der öffentlich beglaubigten Abtretung ist weiter gleichgestellt das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung.

Was die Frage anlangt, welche Fälle des Übergangs der Hypothek kraft Gesetzes hierher gehören, so ist man sich abgesehen vom Falle der Verzichts (§ 1168) einig darüber, daß damit alle Fälle getroffen sind, in denen die Hypothek, sei es mit sei es ohne Forderung von dem bisherigen Gläubiger auf den Eigentümer, den persönlichen Schuldner oder einen Dritten übergeht, ja es werden auch die Fälle hierher gerechnet, wo die Hypothek dem Eigentümer kraft Gesetzes von vornherein zusteht.[1]) Zweifel haben sich ergeben, wie es mit dem Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek steht. Ein Teil der Schriftsteller[2]) nimmt an, im Falle des Verzichts sei für § 1155 kein Raum, weil die fraglichen Vorschriften nur von dem außerhalb des Grundbuchs sich vollziehenden Übergang handeln würden, während der Verzicht gemäß § 1168 der Eintragung ins Grundbuch bedürfe. Demgegenüber wird von anderen[3]) geltend gemacht, daß zur Gültigkeit des Verzichts nur dessen Eintragung, nicht die des Eigentümers als nunmehrigen Gläubigers erforderlich sei, der Eigentümer könne also Gläubiger geworden sein, ohne im Grundbuch als solcher eingetragen zu sein und in diesem Falle weise sich der Eigentümerhypothekar als solcher durch die Buchung in Verbindung mit dem Besitz des Briefes und durch ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis, daß er — der Eigentümer — Erwerber der Post sei, aus. Man wird davon ausgehen müssen, daß die Buchung des bloßen Verzichts ausreicht, um die Hypothek auf den Eigentümer übergehen zu lassen — wer die Ansicht vertritt,[4]) daß der Erwerb der

[1]) Begründung vgl. namentlich Dronke im Zentralbl. S. 957 ff.

[2]) Dronke a. a. O. S. 957 f.; Biermann 1c zu § 1155; Böhm S. 225 Nr. 2; Fuchs 3c zu § 1155, der hier gewöhnlich ebenfalls genannt wird, äußert sich a. a. O. überhaupt nicht zu dieser Frage, sondern nur darüber, ob die Verzichtserklärung eines Gläubigers der Abtretung gleichsteht, was er verneint.

[3]) Planck 2by zu § 1155; Predari 5e zu § 22; Kober Vb zu § 1155.

[4]) So Siber S. 49 f., welcher den Standpunkt vertritt, daß nicht der Verzicht, sondern die Wirkung des Verzichts, das wäre also der Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer, einzutragen sei. Es ist richtig, daß beim Verzicht kein Übergang der Hypothek kraft Gesetzes, sondern rechtsgeschäftlicher Erwerb vorliegt, es ist auch

Hypothek durch den Eigentümer ins Grundbuch eingetragen werden müsse, um einen wirksamen Verzicht des Gläubigers herbeizuführen, für den kommt eine Anwendung des § 1155 nicht in Frage. — Ist also ein solcher bloßer Verzicht eingetragen, so werden wir, wenn wir uns an den Wortlaut des Gesetzes halten, und es besteht kein stichhaltiger Grund, dies nicht zu tun, sagen müssen, der Eigentümer ist nicht als Gläubiger eingetragen, es ist also zur Anwendung des § 1155 ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis des verzichtenden Gläubigers erforderlich; es bleibt also auch im Verzichtsfalle Raum für die Anwendung des § 1155.

Unter Anerkenntnis ist zu verstehen die rechtsgeschäftliche Erklärung des bisherigen Gläubigers, daß die Hypothek nicht mehr ihm, sondern dem Eigentümer, persönlichen Schuldner usw. zustehe, und zwar muß dieses Anerkenntnis in öffentlich beglaubigter Form abgegeben sein. Nach dem Wortlaut des Gesetzes genügt nicht das Anerkenntnis, daß eine dem Rechtsübergang herbeiführende Tatsache vorliegt, sondern das Anerkenntnis muß auf den Rechtsübergang selbst gerichtet sein.[1]) Wenn im Gegensatz hierzu gesagt wird, es könne nur gemeint sein, daß die rechtserheblichen Tatsachen, aus denen sich der Übergang kraft Gesetzes ergibt, in öffentlich beglaubigter Form anerkannt sein müssen, weil das Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung im wesentlichen auf ein rechtliches Urteil des Gläubigers hinausliefe,[2]) oder wenn verlangt wird, das Anerkenntnis müsse darauf

---

anzuerkennen, daß es praktisch empfehlenswert ist, mit dem Verzicht den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer einzutragen, man wird aber doch nicht soweit gehen dürfen, die Eintragung eines bloßen Verzichts für schlechthin unwirksam zu erklären, denn das Gesetz hat in § 1168 an den Verzicht eine ganz bestimmte Rechtsfolge angeknüpft und so ergibt sich aus der Eintragung des Verzichts die Rechtsänderung in zweifelsfreier Weise. Vgl. auch Predari 5e zu § 22.

[1]) Planck b7 zu § 1155.

[2]) So im Anschluß an RG. Bd. 43 S. 48—56, wo es heißt: „Eine Verpflichtung der Beklagten anzuerkennen, daß die Hypothek Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld des Klägers sei, läßt sich um so weniger annehmen, als ein solches Anerkenntnis im wesentlichen auf ein rechtliches Urteil hinauslaufen und die rechtliche Auffassung des Grundbuchrichters keineswegs binden würde" Turnau-Förster 4 zu § 1155, Willenbücher I 2cbb zu § 1155.

gerichtet sein, daß die betreffende Tatsache, die kraft Gesetzes den Übergang bewirkt, eingetreten, und daß zufolge dieser Tatsache die Hypothekenforderung auf den Empfänger der Erklärung übergegangen sei,[1]) so stellen sich diese Auffassungen in Gegensatz zu dem klaren Wortlaut des Gesetzes.

Es taucht nun die Frage auf, ob nicht in den Fällen des Übergangs der Hypothek kraft Gesetzes auf den neuen Gläubiger oder wenigstens in gewissen Fällen des Übergangs statt des öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses ein anderer Nachweis des Rechtsübergangs ausreicht, um die Voraussetzungen des § 1155 als gegeben zu erachten. Um diese Frage zu entscheiden, müssen wir prüfen, welche ratio der gesetzlichen Bestimmung zugrunde liegt. Der § 1114 des 1. Entw. sprach nur von Abtretungserklärungen und Überweisungsbeschlüssen. Es ist aus den Motiven (Bd. 3 S. 752) ersichtlich, daß im Falle des Übergangs kraft Gesetzes die den Übergang beweisenden Urkunden die gleiche Bedeutung wie die Abtretungserklärungen und Überweisungsbeschlüsse haben sollten. Man betrachtete dies offenbar als selbstverständlich und traf deshalb keine ausdrückliche Bestimmung. Das Erfordernis des öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses bei der gesetzlichen Übertragung wurde durch die 2. Kommission aufgenommen.[2]) Begründung findet sich in den Protokollen keine; es heißt dort einfach (S. 658): „Gegen den Vorschlag, das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Abtretungserklärung gleichzustellen, erhob sich kein Widerspruch". Der Grund, weshalb diese Gleichstellung ausdrücklich bestimmt wurde, ist wohl der, daß zweifelsfrei festgestellt werden sollte, daß der, welcher eine Hypothek kraft Gesetzes erwirbt, ebenso wie der durch Abtretung erwerbende auch ohne Eintragung die Rechtsstellung eines eingetragenen Gläubigers sollte erhalten können. Das Nächstliegende wäre gewesen, einfach die den gesetzlichen Übergang klar stellenden Urkunden den Abtretungserklärungen und Überweisungsbeschlüssen für gleichwertig zu erklären. Das Gesetz hat aber diesen Weg nicht gewählt, sondern an Stelle der den

[1]) Komm. d. RGRäte 5 zu § 1155.
[2]) vgl. Prot. Bd. 3 654 ff.

Übergang unmittelbar beweisenden Urkunden ein Surrogat gesetzt. Der Grund hierfür war wohl der, die Prüfung, ob eine zusammenhängende Kette von Rechtsübertragungen vorliegt, sollte für den Erwerber bezw. bei Geltendmachung der Hypothek für den Eigentümer möglichst einfach gestaltet werden, es sollte in klarer und leicht erkennbarer Weise der jedesmalige Rechtsübergang auf einen neuen Gläubiger zutage treten. Wenn man nun aber beim Übergang kraft Gesetzes jeden öffentlich beglaubigten urkundlichen Nachweis, daß der Rechtsübergang eingetreten ist, oder daß die den Rechtsübergang bewirkenden Tatsachen vorliegen, genügen ließe, so müßte dem Erwerber bezw. Eigentümer die Prüfung von allerlei verschiedenartigen Urkunden, die vielleicht noch umfangreich sind und aus denen sich womöglich die Person, auf die das Recht übergegangen ist, gar nicht zweifelsfrei ergibt, zugemutet werden. Deshalb hat man ein Surrogat geschaffen und ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis des bisherigen Gläubigers verlangt, indem man davon ausging, wenn der frühere Gläubiger ein solches Anerkenntnis ausstellt, so ist zweifellos, daß auch das Recht übergegangen ist, und auf diese Weise ist dem Erwerber bezw. Eigentümer eine rasche und sichere Prüfung der Legitimation des Gläubigers ermöglicht. Das Gesetz hat diesen Gedanken in klaren Worten zum Ausdruck gebracht, und daran müssen wir uns halten.[1]) Gegen diese Auslegung des § 1155 haben verschiedene Schriftsteller Front gemacht und halten eine ausdehnende Auslegung für geboten. Schweitzer (in Gruchots-Beitr. Bd. 45 S. 558 ff.) will den § 1155 zur Anwendung bringen, wenn diejenigen Tatsachen urkundlich nachgewiesen sind, welche den Übergang der Hypothek kraft Gesetzes bewirken. Er stützt sich hierbei namentlich auf die Motive zu § 1114 des 1. Entw. (Mot. Bd. 3 S. 752—754) und führt aus, das durch die 2. Kommission aufgenommene Erfordernis des Anerkenntnisses habe den Zweck, festzusetzen, daß es nicht des Nachweises des Anerkenntnisvertrages, sondern nur des einseitigen Anerkenntnisses

---

[1]) Ebenso Planck b γ zu § 1155; Biermann 1c zu § 1155; Dronke a. a. O. S. 960; Fuchs 3c zu § 1155; Kretzschmar II, 2c zu § 1155; Wolff S. 509 Anm. 29; Güthe 25 zu § 40.

bedürfe, und daß dieses durch öffentlich beglaubigte Urkunden zu beweisen sei. Auch Brachvogel (GruchotsBeitr. Bd. 49 S. 305 ff.) nimmt mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und Gewohnheiten des Hypothekenverkehrs an, daß die in § 1155 aufgestellten Beweiserfordernisse für den Beweis genügen sollen, daß aber andere gleichwertige oder bessere Beweismittel nicht ausgeschlossen sein sollen. Predari (S. 153 u. 154) vertritt die Ansicht, daß den Anforderungen des § 1155 genügt ist, wenn der Besitzer des Hypothekenbriefs sein Gläubigerrecht durch eine zusammenhängende auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen oder Anerkenntnissen einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung, von Überweisungsbeschlüssen oder sonstigen für die Umschreibung im Grundbuch genügenden Urkunden nachweisen kann. Er stützt sich hierbei ebenfalls auf die Entstehungsgeschichte des § 1155 und macht geltend, durch eine an den Wortlaut sich haltende Auslegung des § 1155 würden Verkehrserschwernisse geschaffen, die durch innere Gründe nicht zu rechtfertigen seien und die der Absicht des Gesetzes sicher fern gelegen seien; man müsse also eine Lücke im Gesetze annehmen und durch eine ausdehnende Auslegung helfen. Gegenüber den Vertretern dieser freien Auslegung ist zu sagen, daß eine solche weite Auslegung des § 1155 weder dem Verkehrsbedürfnis, noch dem Wortlaut, noch der ratio des Gesetzes entspricht. Inwieweit eine ausdehnende Auslegung am Platze ist, wird nachher zu zeigen sein. Als Regel müssen wir daran festhalten, daß in den Fällen der Rechtsübertragung kraft Gesetzes ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis des bisherigen Gläubigers erforderlich ist. Es genügt also z. B. nicht, wenn der Eigentümer eine Quittung des Gläubigers über die erfolgte Zahlung besitzt, selbst wenn diese öffentlich beglaubigt oder in öffentlicher Form ausgestellt ist, obwohl sie das Erlöschen der Forderung und damit den Übergang des Rechtes auf den Eigentümer beweist. Die Quittung, die dem persönlichen Schuldner oder einem Dritten erteilt ist, genügt erst recht nicht, weil durch sie nicht bewiesen wird, auf wen die Hypothek übergegangen ist, ob auf den Eigentümer oder den persönlichen Schuldner bezw. Dritten; dies hängt vielmehr davon ab, ob der persönliche Schuldner ein Regreßrecht hat

bezw. ob die Forderung auf den Dritten übergegangen ist. Auch die Löschungsbewilligung seitens des Hypothekengläubigers kann nicht genügen, sie erbringt dafür, ob die Hypothek auf dem Eigentümer übergegangen ist, überhaupt keinen Beweis. Liegt Quittungs- und Löschungsbewilligung zusammen vor, so kann man schließlich diese Willenserklärungen dahin auslegen, daß der Gläubiger durch die Quittung in Verbindung mit der Erteilung der Löschungsbewilligung nicht nur das Erlöschen der Forderung, sondern auch die Verfügungsmacht des Eigentümers hinsichtlich der Hypothek, mittelbar also deren Übergang auf ihn anerkennt;[1]) die Möglichkeit einer solchen Auslegung ist aber zweifelhaft, jedenfalls entspricht sie nicht der ratio des Gesetzes.[2]) Ein in öffentlich beglaubigter Urkunde erklärter Verzicht entspricht ebenfalls, auch wenn der Verzicht in das Grundbuch eingetragen ist, nicht den Erfordernissen des § 1155.

Es ergeben sich nun aber erhebliche Schwierigkeiten in einer Reihe von Fällen, in denen ein solches Anerkenntnis nicht möglich ist, wo also das Surrogatmerkmal versagt. Hierher gehören die Fälle der §§ 304 Abs. 1 Abs. 5, 306 HGB., dann vor allem der praktisch wichtigste Teil des Erbschaftserwerbes, weiter sind auch die Fälle der §§ 1170, 1171 hier anzuführen.[3]) In allen diesen Fällen ist ein Anerkenntnis des kraft Gesetzes erfolgten Rechtsübergangs faktisch nicht möglich. Wir werden aber als zweifellos feststellen können, daß es nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag, in diesen Fällen den Erwerber der Hypothek schlechter zu stellen, es wäre nicht der mindeste Grund für eine solche Schlechterstellung denkbar, und wenn der Gesetzgeber wirklich eine solche gewichtige Ausnahme hätte machen wollen, so wäre dies wohl aus-

---

[1]) Dronke a. a. O. S. 961.

[2]) Turnau-Förster 4 zu § 1155 und Willenbücher I c bb zu § 1155 lassen in Konsequenz ihrer Auffassung, daß das Anerkenntnis sich nur auf die Tatsachen, aus denen sich die kraft Gesetzes erfolgte Übertragung der Forderung ergibt, beziehen müsse, sowohl Quittung wie Löschungsbewilligung für die Anwendung des § 1155 genügen. Auch Predari S. 154 erachtet Quittung und Löschungsbewilligung als ausreichend.

[3]) Der von Predari S. 153 an dieser Stelle herangezogene Fall des § 868 ZPO. gehört nicht hierher, denn die Sicherungshypothek ist notwendig eine Buchhypothek.

drücklich bestimmt worden, zum mindesten aber würde es aus den Materialien ersichtlich sein. Der Gesetzgeber wollte die Prüfung der Legitimation im Verkehrsinteresse erleichtern und hat deshalb, statt den Nachweis der den Rechtsübergang vermittelnden Tatsachen zu fordern, das Vorliegen eines in allen Fällen gleichartigen Surrogatmerkmals verlangt und dabei nicht beachtet, daß dieses Surrogatmerkmal in verschiedenen Fällen aus tatsächlichen Gründen versagt. Wir dürfen nun nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes eine Konsequenz ziehen, die dem Willen des Gesetzgebers zuwiderläuft, sondern wir müssen sagen, in diesen Fällen genügt ein anderer mittels öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunden vermittelter Nachweis des Rechtsübergangs.

Daß der Nachweis durch Urkunden erbracht werden muß, ist selbstverständlich, und eine privatschriftliche Urkunde kann hier ebensowenig wie der Abtretungserklärung und dem Anerkenntnis genügen, denn im Verkehrsinteresse ist erforderlich, daß möglichste Sicherheit dafür vorhanden ist, daß der Rechtsübergang sich auch wirklich vollzogen hat.

Was nun die einzelnen Fälle anlangt, so besitzt der Fall des Ausschlusses eines unbekannten Gläubigers im Wege des Aufgebotsverfahrens gemäß §§ 1170, 1171 keine erhebliche praktische Bedeutung, weil der das Aufgebotsverfahren betreibende Eigentümer in der Regel nicht im Besitze des Hypothekenbriefs sein wird, sollte er aber ausnahmsweise im Besitze des Briefes sein, so ist er durch Briefbesitz in Verbindung mit einer Ausfertigung des Ausschlußurteils als Gläubiger gemäß § 1155 legitimiert.[1])

In den Fällen der Übernahme des Vermögens einer Aktiengesellschaft als eines Ganzen auf das Reich, einen Bundesstaat oder einen inländischen Kommunalverband gemäß § 304 HVG., oder wenn das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes auf eine andere Aktiengesellschaft gemäß § 306 HGB. übergeht, dürfte ein öffentlich beglaubigter Auszug aus dem Handelsregister über

[1]) Ebenso Dronke a. a. O. S. 961, da die öffentliche Urkunde die öffentlich beglaubigte ersetze (§ 129 Abs. 2) und da das Ausschlußurteil den Übergang der Hypothek nicht bloß beweise, sondern bewirke (wenigstens nach § 1170 Abs. 2), und Biermann 1 c zu § 1155, da ein Anerkenntnis, weil der Gläubiger eben unbekannt ist, nicht zu erlangen sei.

die Eintragung des Aufhebungs- bezw. Fusionsbeschlusses zum Nachweise des Rechtsüberganges genügen.

In den Fällen, wo eine Briefhypothek infolge Erbfalls kraft Gesetzes auf einen anderen übergegangen ist, muß der Erbe durch Briefbesitz in Verbindung mit einem Erbschein oder in Verbindung mit einem öffentlichen Testament nebst dem Protokoll über die Eröffnung der Verfügung als dem § 1155 entsprechend legitimiert angesehen werden. An und für sich wird weder durch den Erbschein noch durch das öffentliche Testament nebst Eröffnungsprotokoll der Rechtsübergang auf den Erben erwiesen, denn der Erbschein kann unrichtig sein (z. B. er lautet auf den gesetzlichen Erben, weil das Vorhandensein eines Privattestaments nicht bekannt war) oder das öffentliche Testament kann z. B. durch ein späteres Testament widerrufen oder wegen Geisteskrankheit des Erblassers nichtig sein usw.; aber dieser Nachweis des Rechtsüberganges muß trotzdem ausreichen, denn diese Urkunden genügen als Legitimation gegenüber dem Grundbuchamt (§ 36 GBO.), und demgemäß muß man sie auch als ausreichende Legitimation gegenüber dem Eigentümer und Dritten gelten lassen. Zu diesem Resultat gelangt, wenn auch mit einer anderen Begründung, die Mehrzahl derjenigen Schriftsteller, welche den Standpunkt einer strengen Wortauslegung des § 1155 vertreten.

Eine Gruppe von Schriftstellern[1]) nimmt an, daß der Zusammenhang der Reihe der Abtretungserklärungen durch einen Erbfall deshalb nicht unterbrochen werde, weil der Erbe, dem das Vermögen des Erblassers als Ganzes zufällt, den Erblasser repräsentiere und daher die Hypothenforderung nicht als ein Glied in der Reihe der Zessionare, sondern nur auf Grund des Rechtes seines Erblassers weiterübertrage, weil zufolge der Gesamtrechtsnachfolge Erblasser und Erbe hinsichtlich des Gläubigerrechtes als nur eine Person zu gelten haben. In Wirklichkeit ist die Sachlage die, Erbe und Erblasser sind zwei verschiedene Persönlichkeiten, und mit dem Erbfall geht das Vermögen, also auch die

---

[1]) Th. Wolff im Recht 1903 S. 7ff.; Turnau-Förster 4 zu § 1155; Kober VI, b zu § 1155; Oberneck I S. 240 und II S. 203; Komm. d. RGRäte 5 zu § 1155.

Hypothek, kraft Gesetzes vom Erblasser auf den Erben über, und wenn nun gesagt wird, der Erbe repräsentiere den Erblasser oder der Erblasser und der Erbe haben als eine Person zu gelten, so sind dies eben Fiktionen, die lediglich deshalb aufgestellt sind, um nicht aus der unrichtigen Auslegung des § 1155 die Konsequenzen ziehen zu müssen.

Andere[1]) gelangen mit Hilfe der §§ 40 Abs. 2 u. 41 GBO. zum Resultat, daß Erbscheine und Verfügungen von Todes wegen in die Reihenfolge der Abtretungserklärungen, Überweisungsbeschlüsse und Anerkenntnisse eingeschoben werden dürfen, ohne den Zusammenhang zu unterbrechen, und zwar wird gesagt, § 40 Abs. 2 GBO. stellt bei der Briefhypothek den gemäß § 1155 legitimierten Briefbesitzer dem eingetragenen Gläubiger gleich. Es ist also auch der Erbe eines solchen legitimierten Briefbesitzers „Erbe des eingetragenen Berechtigten" im Sinne des § 40 Abs. 1 GBO., denn es besteht kein Grund, den Begriff „eingetragener Berechtigter" in § 41 Abs. 1 GBO. anders zu fassen als in § 40 GBO. Daraus wird nun die Folgerung gezogen, ein solcher Erbe kann die Briefhypothek gemäß § 41 Abs. 1 GBO. auf einen Dritten übertragen, ohne sich selbst ins Grundbuch eintragen lassen zu müssen. Diese Auslegung ist soweit möglich, obwohl nicht verkannt werden soll, daß damit dem Gesetz erheblich Zwang angetan wird.[2]) Nun wird aber weiter gesagt,[3]) der Erbe kann die Briefhypothek nicht bloß an einen Dritten übertragen, ohne sich eintragen zu lassen, sondern der Dritte kann sie auch weiter auf einen Vierten, dieser wieder auf einen Fünften usw. übertragen, ohne daß eine Eintragung ins Grundbuch erfolgen müßte. Daß diese Auslegung über den Wortlaut der §§ 40, 41 GBO. hinausgreift, wird von den Vertretern dieser Ansicht nicht verkannt, sie wird aber damit gerechtfertigt, daß es nicht angängig sei, den Fall, wo die Übertragungserklärungen dem erbrechtlichen Erwerb vorangehen, anders zu behandeln als wie den Fall, wo die Übertragungserklärungen dem erbrechtlichen Erwerb nachfolgen, und daß die entgegengesetzte

[1]) Güthe 28 zu § 40; Wolf S. 510 Anm. 32, das Kammergericht in der neueren Rechtsprechung.

[2]) vgl. Turnau-Förster II 5 zu § 41.

[3]) So Güthe a. a. O.; nicht soweit geht das Kammergericht.

Auffassung dem praktischen Bedürfnis widerspreche. Gerade das also, was durch § 40 mit § 41 GBO. bewiesen werden soll, nämlich daß durch einen Erbfall die Übertragungskette nicht unterbrochen wird, geht aus diesen Paragraphen nicht hervor, sondern zu diesem Resultat gelangt man erst durch eine ausdehnende Auslegung, die eben den Zweck verfolgt, die Verkehrshemmnisse, die sich aus einer Wortauslegung des § 1155 ergeben, zu beseitigen. Wenn § 1155 eine Lücke aufweist und ein dringendes Bedürfnis vorliegt, diese Lücke zu ergänzen, so erscheint es richtiger, den § 1155 selbst entsprechend auszudehnen, als einen anderen Paragraph heranzuziehen und durch eine ausdehnende Auslegung dieses helfen zu wollen. Es ist auch sicher, daß damit in die §§ 40 und 41 GBO. ein Sinn gelegt wird, an den bei Schaffung der Paragraphen niemand gedacht hat; man wollte doch damit keine Ergänzung des § 1155 für den Fall der gesetzlichen Übertragung einer Hypothek infolge Erbfalls geben. Dazu kommt noch, daß die Heilung eine unvollständige ist, denn § 41 Abs. 1 GBO. gilt nur für die „Übertragung" und „Aufhebung" des Rechtes; also soll z. B. der durch Erbschein legitimierte Erbe die Hypothek zwar übertragen können, er soll sie aber nicht verpfänden können, ohne sich eintragen zu lassen, er soll die Löschung der Hypothek bewilligen können, nicht aber mit dem Eigentümer eine Änderung der Zahlungs- oder Kündigungsbedingungen vereinbaren können, ohne daß zuerst seine Eintragung ins Grundbuch erfolgt; er soll legitimiert sein, die Hypothek vollgültig zu übertragen, er kann sie aber nicht geltend machen, ohne daß der Eigentümer gemäß § 1160 widersprechen könnte; es sind dies Unterscheidungen, die der Verkehr schwer verstehen könnte. Die Heranziehung der §§ 40 u. 41 GBO. zur Lösung dieser Frage ist also abzulehnen.

Eine dritte Gruppe von Schriftstellern[1]) vertritt konsequent den Standpunkt, daß in den Fällen des kraft Gesetzes erfolgten

[1]) So vor allem Planck 2bγ zu § 1155; Kretzschmar 2c zu § 1155; Meyer in SeuffBl. 1905 S. 162; das Kammergericht in der älteren Praxis; Goldmann-Lilienthal S. 506 Anm. 23 (wobei aber zu bemerken ist, daß diese für den Fall der Abtretung durch den Erben des Zessionars für die Möglichkeit einer Anwendung des § 41 Abs. 1 GBO. eintreten, daß sie aber nicht so weit gehen, auch eine Abtretung durch den Zessionar der Erben außerhalb des Grundbuchs zuzulassen S. 142 Anm. 85); Maenner S. 404 Anm. 38.

übergangs der Hypothek nur ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis des Rechtsübergangs durch den früheren Gläubiger den Anforderungen des § 1155 genügte, und daß eine Ausdehnung des § 1155 über den Wortlaut hinaus nicht möglich sei, obgleich dies einem praktischen Bedürfnis entsprechen würde; beim Erbfall sei ein solches Anerkenntnis ausgeschlossen, Erbschein und letztwillige Verfügung stellen kein Anerkenntnis dar, also könne auch § 1155 in diesem Falle keine Anwendung finden; daß ein solcher Standpunkt, der sich ohne Rücksicht auf das praktische Bedürfnis an den Wortlaut des Gesetzes klammert, nicht zu billigen ist, wurde bereits oben ausgeführt.

Auszustellen ist das Anerkenntnis von dem bisherigen Gläubiger. Es haben sich Zweifel in der Richtung ergeben, ob in den Fällen der §§ 426 Abs. 2 und 774 Abs. 2 1164, 1173, 1174, 1182, wo der Übergang des Rechts noch an weitere Voraussetzungen als an die Befriedigung geknüpft ist, nicht auch ein Anerkenntnis des Regreßpflichtigen zu verlangen ist.[1]) Dies ist abzulehnen. Das Gesetz hat zur Erleichterung des Verkehrs bestimmt, daß wenn ein Briefbesitzer durch ein Anerkenntnis legitimiert ist, ein Erwerber auf die Gläubigerschaft des Briefbesitzers soll vertrauen können, ohne zu prüfen, ob die tatsächlichen Voraussetzungen des Rechtsüberganges vorliegen; es ist nun nicht angängig, einzelne dieser Voraussetzungen — das wäre im vorliegenden Falle die Regreßpflicht — herauszugreifen und zu verlangen, daß diese durch öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis nachgewiesen wird; das Gesetz gibt hierfür gar keinen Anhalt, und der Erwerber hat ja auch gar kein Recht, von dem Regreßpflichtigen ein solches Anerkenntnis zu verlangen, dazu kommt, daß das Gesetz in § 1155 das Anerkenntnis der Abtretungserklärung völlig gleichgestellt hat und die dem Eigentümer drohende Gefahr auch eintreten könnte, wenn der Gläubiger statt des Anerkenntnisses eine beglaubigte Abtretungserklärung ausstellen würde.[2])

[1]) So Böhm S. 225 f.; Fuchs 3 c zu § 1155 (ausdrücklich nur für §§ 1164, 1173); Turnau-Förster 4 zu § 1155 (auch nur für § 1164 u. 1173); Kober V b zu § 1155 (für §§ 1173 Abs. 2 1174, 1182).

[2]) So auch Planck 2 b γ zu § 1155; Oberneck II S. 206; Biermann 1 c zu § 1155; Kretzschmar II 2 c zu § 1155; Willenbücher I 2 c bb zu § 1155; Güthe 25 zu § 40; Maenner S. 404 Anm. 37.

Auf die Erteilung eines solchen Anerkenntnisses hat der neue Gläubiger gemäß §§ 403, 412, 1155 ein Recht, doch ist zu beachten, daß er hier die Kosten selbst zu tragen hat (im Gegensatz zu § 1154 Abs. 1 Satz 2).

Die Gleichstellung des Anerkenntnisses mit der Abtretungserklärung hat aber nicht die Bedeutung, daß dadurch eine neue Form der rechtsgeschäftlichen Übertragung geschaffen werden sollte. Wird ein Anerkenntnis erteilt, ohne daß die Voraussetzungen des Rechtsübergangs kraft Gesetzes vorliegen, so erlangt der durch das Anerkenntnis legitimierte Briefbesitzer zwar die Verfügungsmacht über das Recht, keineswegs aber das Recht selbst. Ebensowenig wie bei der Überweisung genießt auch hier der Erwerber den Schutz des § 892;[1]) dies ergibt sich aus den gleichen Gründen wie bei der Überweisung, doch bleibt Raum für die Anwendung des § 893.

Selbstverständlich kann das Anerkenntnis wie die Abtretungserklärung gemäß § 894 ZPO. durch rechtskräftiges Urteil ersetzt werden.

Es ist nun weiter erforderlich, daß diese verschiedenen Urkunden in einer zusammenhängenden Reihe auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführen. Wenn das Gesetz von „Reihe" spricht, so hat dies nicht die Bedeutung, daß mindestens zwei Übertragungen vorliegen müßten, und daß der Fall, wo der Briefbesitzer sein Recht unmittelbar vom eingetragenen Gläubiger ableitet, nicht unter § 1155 fiele, sondern d. h. lediglich so viel, daß wenn mehrere Übertragungen vorliegen, dann die fraglichen Urkunden eine zusammenhängende Reihe bilden müssen.[2]) § 1155 kommt also auch zur Anwendung, wenn der als Gläubiger im Grundbuch eingetragene Briefhypothekar die Hypothek durch Briefübergabe und öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung auf einen neuen Gläubiger überträgt; diesem steht die Vermutung des § 891 Abs. 1 für das Bestehen seines Gläubigerrechts zur Seite, er ist zur Vornahme von Rechtsgeschäften im Sinne des § 893 legitimiert,

[1]) And. M. Schweitzer a. a. O. S. 571 Anm. 10, der das Anerkenntnis als unmittelbar rechtsbegründende Urkunde auffaßt und demgemäß rechtsgeschäftlichen Erwerb annimmt.

[2]) So auch Oberneck Bd. 2 S. 200.

gegen ihn richtet sich der Berichtigungsanspruch sowie das Recht auf Eintragung eines Widerspruchs gemäß §§ 894—899, er kann die Hypothek geltend machen, ohne daß der Eigentümer gemäß § 1160 Abs. 1 widersprechen könnte, für das Grundbuchamt steht er gemäß § 40 Abs. 2 GBO. einem eingetragenen Gläubiger gleich; den Schutz des § 892 genießt er nicht durch Vermittlung des § 1155, sondern dieser Paragraph kommt unmittelbar zur Anwendung. Die Mehrzahl der Schriftsteller steht hier auf dem Standpunkt der strengen Wortauslegung und schließt den Fall, wo nur eine Übertragung, also keine Reihe von Urkunden vorhanden ist, von § 1155 aus.[1]) Begründet wird diese Ansicht damit, daß der, welcher eine Briefhypothek unmittelbar vom eingetragenen Gläubiger erwerbe, durch die allgemeinen Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs in den §§ 891 ff. geschützt werde; es wird weiter darauf Bezug genommen, daß in den Motiven (Bd. 3 S. 752) eine besondere Schutzbedürftigkeit des Briefbesitzers in diesem Falle verneint werde. Es ist richtig, daß die Motive a. a. O. offenbar davon ausgehen, daß durch § 1114 des 1. Entw. nur der Fall getroffen sein soll, wenn die Briefhypothek mehrmals übertragen wird („weniger einfach dagegen ist der Fall, wenn die Hypothekenforderung mehrmals übertragen und die Übertragungen nicht in das Grundbuch eingetragen worden sind. Diesen Fall regelt der Entwurf in dem § 1114"). Zur Begründung sagen die Motive, der Fall, in dem der Inhaber unmittelbar von dem eingetragenen Gläubiger sein Recht ableite, liege verhältnismäßig einfach, denn hier genüge für die Ausübung des dinglichen Rechts die Vorlegung des Hypothekenbriefs und der auf den Inhaber desselben lautenden Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers; dies ergebe sich schon aus allgemeinen Grundsätzen. Ob aber damit die Motive den Inhalt des § 1114 des 1. Entw. richtig getroffen haben, erscheint sehr zweifelhaft. Es ist richtig, daß die Erstreckung des § 1114

---

[1]) So Kober I, 1 zu § 1155; Fuchs 3 zu § 1155; Turnau-Förster 1 zu § 1155; Willenbücher I, 2 zu § 1155; Meisner 1 zu § 1155; Komm. d. RGRäte 2 zu § 1152; Güthe 26 zu § 40 (es ist aber zu bemerken, daß Güthe für den Fall des § 40 Abs. 2 GBO. auf dem oben vertretenen Standpunkt steht).

des 1. Entw. auf den Fall der einmaligen Übertragung nicht von so großer Wichtigkeit wie bei § 1155 BGB. ist, denn einmal ist in § 1114 des 1. Entw. nicht auf § 826 Abs. 1 des 1. Entw. (entsprechend dem § 891 BGB.) Bezug genommen, weiter sind die §§ 843, 844 des 1. Entw. (Berichtigungsanspruch und Recht auf Widerspruch) nicht in § 1114 des 1. Entw. angeführt; dann sagt § 1117 des 1. Entw., daß zur Geltendmachung des Rechts aus der Briefhypothek nur derjenige berechtigt sei, welcher den Hypothekenbrief vorlege, und wenn er nicht in das Grundbuch der Gläubiger eingetragen sei, als solcher sich nach Maßgabe der §§ 1112—1114 (des 1. Entw.) ausweise, es wird also in § 1117 des 1. Entw. nicht bloß auf § 1114 des 1. Entw. verwiesen. Obgleich für diese Punkte eine Wortauslegung des § 1114 des 1. Entw. ohne Bedeutung ist, muß der § 1114 des 1. Entw. trotzdem dahin ausgelegt werden, daß auch nur *eine* Abtretung oder Überweisung zur Anwendung des § 1114 des 1. Entw. genügt, denn sonst müßte man annehmen, daß der, welcher eine Briefhypothek vom nicht eingetragenen Zessionar des eingetragenen Gläubigers erwirbt, keinen Schutz des guten Glaubens genießt, denn § 837 Abs. 1 des 1. Entw. könnte keine Anwendung finden, weil der Zessionar nicht als Gläubiger im Grundbuch steht, und § 1114 des 1. Entw. könnte keine Anwendung finden, weil er nicht durch Brief und eine zusammenhängende Reihe von Abtretungserklärungen . . ., sondern nur durch Brief und *eine* Abtretungserklärung legitimiert ist; analoges würde für den Fall gelten, daß mit dem Erstzessionar in Ansehung der Hypothek ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 838 des 1. Entw. vorgenommen würde. Bei § 1155 nun ist das Bedürfnis für eine solche Auslegung noch viel dringender, und wenn man sagt, wer eine Briefhypothek vom eingetragenen Gläubiger erwirbt, sei durch die allgemeinen Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs in den §§ 891 ff. geschützt, so ist dies einmal unrichtig, und außerdem ist die Bedeutung des § 1155 bei Geltendmachung der Hypothek (§ 1160) und bezüglich der Wirkung des titulierten Briefbesitzers gegenüber dem Grundbuchamt (§ 40 Abs. 2 GBO.) nicht gewürdigt. Weshalb soll dem Erstzessionar nicht die Vermutung des § 891 Abs. 1 ebenso zugute kommen wie einem

späteren Zessionar, obgleich sich sein Gläubigerrecht nicht aus einer Reihe von Übertragungsurkunden, sondern nur aus einer Urkunde ergibt; eine unmittelbare Anwendung des § 891 Abs. 1 ist ausgeschlossen, weil er nicht als Gläubiger im Grundbuch eingetragen ist. Beim Erwerb vom eingetragenen Gläubiger greift § 892 unmittelbar ein, aber der, welcher von diesem Erstzessionar erwirbt, muß doch ebenfalls unbedingt Schutz des guten Glaubens genießen, obwohl § 892 unmittelbar keine Anwendung finden kann, weil der Veräußerer nicht als Gläubiger im Grundbuch eingetragen ist, und obwohl das Gläubigerrecht des im Besitze des Hypothekenbriefs befindlichen Veräußerers sich nicht aus einer zusammenhängenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, sondern aus einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung ergibt.[1]) Weiter muß auch der, welcher an den Ersterwerber auf Grund dessen Rechts eine Leistung bewirkt oder in Ansehung des Rechtes ein nicht unter § 892 fallendes Rechtsgeschäft vornimmt, durch das der Ersterwerber über das Recht verfügt, geschützt sein, obwohl § 893 unmittelbar keine Anwendung finden kann und der Ersterwerber nur durch Brief und eine Übertragungsurkunde legitimiert ist. Analoges gilt für den Berichtigungsanspruch und das Recht auf Eintragung eines Widerspruchs. In § 1160 ist bestimmt, daß der Geltendmachung der Briefhypothek widersprochen werden kann, wenn der nicht im Grundbuch eingetragene Gläubiger sich nicht gemäß § 1155 legitimiert; sollte also der Gläubiger, welcher den Brief vorlegt und sich durch eine Abtretungserklärung legitimiert, die Hypothek gegenüber dem Widerspruch des Eigentümers nicht geltend machen können? Das kann man nicht annehmen.[2]) In § 40 Abs. 2 GBO. ist der im Besitz des Briefes befindliche und gemäß § 1155 legitimierte Gläubiger einer Briefhypothek dem eingetragenen Gläubiger gleichgestellt; dies muß auch für den ersten Erwerber gelten, denn es wäre widersinnig, wenn dieser zwar die Briefhypothek gemäß § 1154 weiter übertragen, nicht aber die Eintragung des neuen Gläubigers beantragen könnte, ohne sich vorher selbst ins Grund-

[1]) And. M. Biermann 3c zu § 1155.
[2]) So hier auch Fuchs 7 zu § 1160.

buch eintragen zu lassen.[1]) Es kommt also § 1155 zur Anwendung nicht nur, wenn mehrere Übertragungen vorliegen, sondern auch wenn nur eine Übertragung vorliegt; die entgegengesetzte Auffassung führt zu unannehmbaren, mit dem Zweck des § 1155 nicht zu vereinigenden Resultaten. Liegen mehrere Übertragungen vor, so müssen die Übertragungsurkunden eine zusammenhängende Reihe bilden, d. h. eine Übertragung nach der anderen muß lückenlos durch die erforderlichen Urkunden dargetan sein, und die zusammenhängende Reihe muß auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführen.

Sind diese Voraussetzungen des § 1155 gegeben, so finden die §§ 891—899 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre. Es spricht also gemäß § 891 eine Vermutung für sein Gläubigerrecht. Dem, welcher gutgläubig durch Rechtsgeschäft eine Briefhypothek oder ein Recht an der Hypothek von dem gemäß § 1155 legitimierten Gläubiger erwirbt, wird nach §§ 892, 1138, 1157 nicht nur der objektive Bestand der Hypothek auch in Ansehung der Forderung, wie er sich aus Buch und Hypothek ergibt, sondern auch das subjektive Gläubigerrecht des Veräußerers und das Fehlen von Verfügungsbeschränkungen gewährleistet. Und zwar wird jeder rechtsgeschäftliche Erwerber geschützt, nicht bloß der, welcher durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung die Hypothek erwirbt; dies ergibt sich aus § 1155 mit Deutlichkeit; dort ist bestimmt, ist der Briefbesitzer in gewisser Weise legitimiert, so findet § 892 Anwendung, wie wenn der Briefbesitzer als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre; in § 892 ist festgesetzt, daß der rechtsgeschäftliche Erwerber geschützt werden soll; als Form für den rechtsgeschäftlichen Erwerb statuiert nun § 1155 Abs. 1 Satz 1 auch die privatschriftliche Abtretungserklärung in Verbindung mit der Briefübergabe, also muß auch der in dieser Form

---

[1]) So hier auch Güthe 26 zu § 40, weil der für die Auslegung des § 1155 maßgebende Gesichtspunkt, daß die in § 1155 für anwendbar erklärten §§ 891—893 für den Ersterwerber unmittelbar gelten, für das formelle Recht keine Bedeutung habe; in Wirklichkeit muß aber § 1155 auch für das materielle Recht so ausgelegt werden.

Erwerbende Schutz genießen.[1]) Geschützt wird aber auch nur der rechtsgeschäftliche Erwerber, nicht der Erwerber kraft Gesetzes oder im Wege der Zwangsvollstreckung.

Der Erwerber ist schlechtgläubig dann, wenn ihm der Mangel des Gläubigerrechts bekannt ist oder sich aus dem Brief oder einem Vermerk auf dem Briefe ergibt, oder wenn ein Widerspruch gegen das Gläubigerrecht im Grundbuch eingetragen oder auf dem Brief vermerkt ist (§ 1140). Von einigen Schriftstellern[2]) wird auch der Fall hierher gerechnet, daß sich der Mangel des Gläubigerrechts aus den Übertragungsurkunden ergibt; es erscheint aber richtiger, wenn man sagt, es ist objektiv zu prüfen, ob sich das Gläubigerrecht eines Briefbesitzers durch eine zusammenhängende Urkundenreihe ergibt; kommt man zur Bejahung dieser Frage, dann findet § 1155 und damit § 892 Anwendung, verneint man sie, so kommt § 1155 nicht zur Anwendung, als dann, wenn der Gläubiger nicht ordnungsmäßig legitimiert ist, zu sagen, der Erwerber ist schlechtgläubig.

Zweifelhaft ist, welcher Zeitpunkt für den guten Glauben maßgebend ist. Nach der einen Meinung muß der gute Glaube bezüglich des Gläubigerrechts des Rechtsvorgängers zur Zeit der Übergabe des Briefes und der Erteilung der (wenn auch privatschriftlichen) Abtretungserklärung bestehen.[3]) Nach anderen ist für den guten Glauben des Erwerbers entscheidend der Zeitpunkt, in dem Briefübergabe und öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung vorliegen, so daß der durch privatschriftliche Abtretungserklärung Erwerbende sich auf seinen guten Glauben nur dann berufen könnte, wenn er auch zur Zeit der Nachholung der öffentlichen Beglaubigung noch gutgläubig wäre.[4]) Beizupflichten ist der

---

[1]) So Planck 3b zu § 1155; Biermann 2 zu § 1155; Goldmann-Lilienthal S. 554; Komm. d. RGRäte 3 zu § 1155 u. a.

[2]) So Planck 3b zu § 1155; Biermann 2 zu § 1155.

[3]) So Prot. Bd. 3 S. 656, 657; Planck 3b zu § 1155; Biermann 2 zu § 1155; Komm. d. RGRäte 3 zu § 1155; Schweitzer a. a. O. S. 574; Willenbücher 3 zu § 1155; Neumann IV, 1b zu § 1155; Goldmann-Lilienthal S. 555; wohl auch Kober II, 2aα zu § 1155.

[4]) So Fuchs 6 zu § 1155; Turnau-Förster 2 zu § 1155; Dernburg S. 777; Oberneck Bd. 2 S. 200; Siméon S. 835 Anm. 54.

ersteren Ansicht, denn maßgebend kann nur sein der Zeitpunkt des Erwerbs der Hypothek, und erworben wird die Hypothek, wenn die Briefübergabe und eine den Anforderungen des § 1154 Abs. 1 genügende Abtretungserklärung vorliegt. Die entgegengesetzte Meinung wird damit begründet, daß ausschlaggebend der Zeitpunkt sei, in dem für den Erwerber der Tabestand des § 1155 erfüllt sei, also Übergabe des Briefs, Erteilung der Abtretungserklärung und öffentliche Beglaubigung insgesamt getätigt sein; für diese Auffassung ergibt sich im Gesetz kein Anhalt, hier heißt es, ist der Veräußerer gemäß § 1155 legitimiert, so kann sich ein Erwerber auf § 892 berufen, wie wenn der Veräußerer als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre; daß aber auch der Erwerber selbst gemäß § 1155 legitimiert sein müßte, damit die Wirkungen des § 892 in seiner Person eintreten können, geht aus dem Gesetz nicht hervor.

Daß der Erwerber die Übertragungsurkunden geprüft hat, ist ebensowenig erforderlich, als daß er Buch und Brief eingesehen hat, der Inhalt kommt ihm trotzdem zugute. Es dürfte nicht genügen, wenn die Übertragungsurkunden irgendwo vorhanden sind,[1]) wenn sie sich z. B. teilweise in den Händen eines früheren Gläubigers befinden, sondern es ist anzunehmen, daß zur Legitimation im Sinne des § 1155 auch Besitz der Übertragungsurkunden gehört; schon die Ausdrucksweise des § 1155 weist darauf hin, und auch § 1160 zeigt dadurch, daß er Vorlage der Urkunden verlangt, daß er als selbstverständlich ansieht, daß der Gläubiger sich im Besitze der Übertragungsurkunden befindet. Allgemeine rechtsgeschäftliche Voraussetzungen, wie Geschäftsfähigkeit, Vollmacht usw., werden auch hier nicht durch den guten Glauben gedeckt. Hat ein Erwerber gutgläubig erworben, so kommt Bösgläubigkeit eines späteren Erwerbers in Hinsicht auf die geheilten Mängel nicht mehr in Betracht.

Weiter ist in § 1155 auch § 893 für anwendbar erklärt. Es kann also an den gemäß § 1155 legitimierten Briefbesitzer, auch wenn er nicht Gläubiger ist, auf Grund der Hypothek geleistet oder mit ihm in Ansehung der Hypothek ein Rechtsgeschäft der

---

[1]) And. M. Biermann 1d zu § 1155; Fuchs 3 zu § 1155.

in § 893 genannten Art vorgenommen werden. Als Ausgleich gegen die durch den Schutz des gutgläubigen Erwerbs drohenden Gefahren wird in § 1155 auch auf die §§ 894—899 Bezug genommen. Der nach § 1155 legitimierte Gläubiger kann die Hypothek geltend machen, ohne daß der Eigentümer nach § 1160 widersprechen könnte, und dem Grundbuchamt gegenüber ist er gemäß § 40 Abs. 2 GBO. wie ein eingetragener Gläubiger legitimiert.

Zweifel haben sich ergeben, welche Wirkung es hat, wenn die Übertragungskette des § 1155 unterbrochen ist, z. B. durch eine unbeglaubigte Abtretungserklärung. Wohl allgemein aufgegeben ist heute die Ansicht,[1]) daß in diesem Fall der Schutz des guten Glaubens völlig versage und gegen den Erwerber alle Einreden geltend gemacht werden können, die gegen einen früheren Gläubiger entstanden seien. Diese Meinung tauchte schon bei der 2. Lesung auf und wurde bei der Schlußrevision als unzutreffend zurückgewiesen;[2]) sie steht auch in striktem Gegensatz zu der ratio des § 1155, der eine Ausdehnung, nicht aber eine Einschränkung des Publizitätsprinzips bezwecken soll. Es wird dem, der von einem nicht gemäß § 1155 legitimierten Gläubiger eine Hypothek erwirbt, der objektive Bestand der Hypothek, so wie er sich aus Buch und Brief ergibt, in gleicher Weise gewährleistet, wie wenn er von einem formgerecht legitimierten Briefbesitzer erworben hätte; es kann ihm z. B. nicht die Einrede entgegengesetzt werden, die Hypothek oder die Forderung sei gestundet, wenn nicht etwa Kenntnis des Erwerbers bezw. ein entsprechender Buch- oder Briefeintrag vorliegt. Wie steht es aber bei Unterbrechung der Übertragungskette mit der Geltendmachung von Mängeln im subjektiven Gläubigerrecht? Sind sämtliche Übertragungen, auch die dazwischenliegende Zession mittels privatschriftlicher Abtretungserklärung vollgültig, so ist der letzte Briefbesitzer Gläubiger; er kann dieses Gläubigerrecht auf einen anderen weiterübertragen, und der Eigentümer kann mit befreiender Wirkung an ihn leisten; für die Anwendung des § 1155, soweit die §§ 892 u. 893 in

---

[1]) Hachenburg, Beiträge S. 106ff., Vorträge S. 589ff.; Böhm S. 222ff.
[2]) Prot. Bd. 6 S. 267f.

Frage kommen, ist hier gar kein Raum. Wie steht es aber, wenn Mängel vorhanden sind? Liegt ein solcher Mangel — z. B. Geschäftsunfähigkeit eines Zessionars, mangelnde Briefübergabe, Zahlung und Übergang der Hypothek auf den Eigentümer usw. — vor der Abtretung durch unbeglaubigte Abtretungserklärung, so ist möglich, daß dieser Mangel gemäß § 1155 mit § 892 geheilt ist. Ist eine solche Heilung erfolgt, so wird durch nachfolgende gültige, wenn auch privatschriftliche Zession das volle Gläubigerrecht übertragen und man braucht die §§ 892, 893 ebensowenig wie im vorigen Fall. Ist keine Heilung des Mangels gemäß §§ 1155, 892 erfolgt oder ist die privatschriftliche Abtretung aus irgendeinem Grunde nichtig, so erwirbt kein späterer Erwerber das Gläubigerrecht, weil der Schutz des § 892 versagt; es kann auch nicht etwa der Eigentümer gemäß § 893 mit befreiender Wirkung an ihn leisten. Ist die privatschriftliche Abtretung vollgültig und der Mangel im Gläubigerrecht entsteht bei den folgenden wieder mittels beglaubigter Abtretungserklärungen vorgenommenen Zessionen, so muß sich jeder nachfolgende Gläubiger diesen Mangel entgegenhalten lassen und ist auch nicht gemäß § 893 legitimiert. Von einigen Schriftstellern[1]) wird die Ansicht vertreten, daß im letzteren Falle wieder die Wirkung des § 1155 mit §§ 892, 893 eingreife; dies kann aber nicht anerkannt werden, in § 1155 ist in unzweifelhafter Weise bestimmt, daß man in Fällen, wo die Übertragungskette unterbrochen ist, auf das Gläubigerrecht des Briefbesitzers nicht soll vertrauen können, und die entgegengesetzte Ansicht dürfte schwerlich der Absicht des Gesetzgebers entsprechen. Was die Wirkung einer solchen Unterbrechung im übrigen anlangt, so kommt einem dermaßen legitimierten Briefbesitzer in Ansehung seines Gläubigerrechts nicht die Vermutung des § 891 Abs. 1 zugute; er braucht zwar nicht die gültige Entstehung der Hypothek und die Gültigkeit sämtlicher Übertragungen zu beweisen, sondern die Vermutung, welche dem letzten gemäß § 1155 legitimierten Gläubiger zur Seite stand, muß auch ihm zugute kommen, von da ab hat er aber den Be-

---

[1]) Ramdohr in GruchotsBeitr. Bd. 44 S. 372; Kober III zu § 1155; Wolff S. 509f.

weis für die Gültigkeit der zu ihm führenden Übertragungen zu erbringen. Der Geltendmachung der Hypothek durch ihn kann der Eigentümer gemäß § 1160 widersprechen, dem Grundbuchamt gegenüber ist er nicht nach § 40 Abs. 2 GBO. legitimiert.

Welche Wirkung hat es nun, wenn eine Lücke in der Übertragungskette formgerecht ausgefüllt wird, z. B. eine fehlende öffentliche Beglaubigung nachgeholt wird? Unbestritten ist, daß von jetzt ab die gesamten Wirkungen des § 1155 eingreifen, zweifelhaft ist nur, ob der Schutz des § 892 auch schon dem derzeitigen Briefbesitzer zugute kommt. Diese Frage ist zu bejahen.[1]) Zu jeder Rechtsübertragung sind gewisse Voraussetzungen erforderlich, und wenn das Gesetz keine besonderen Vorschriften gibt, so ist die Reihenfolge, in welcher sich die Voraussetzungen verwirklichen, gleichgültig. Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück oder zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte oder zur Übertragung oder Belastung eines Grundstücksrechtes ist Einigung und Eintragung ins Grundbuch erforderlich (§ 873 Abs. 1); daß es gleichgültig ist, in welcher Reihenfolge Einigung und Eintragung erfolgen, ergibt sich aus § 892 Abs. 2. Für den Eigentumswechsel bei beweglichen Sachen ist es ohne Bedeutung, ob die Einigung der Übergabe vorausgeht oder nachfolgt. Ist zu der Verfügung über einen Gegenstand die Zustimmung eines Dritten erforderlich, so ist es gleichgültig, ob sie vorher (Einwilligung) oder nachträglich erteilt wird (Genehmigung). Überträgt A als vollmachtloser Vertreter des B die Sache des E auf den gutgläubigen C, so erwirbt C kein Eigentum an der Sache, weil der Mangel der Vollmacht durch den guten Glauben des C nicht gedeckt wird; genehmigt nun B die Verfügung, so erwirbt C das Eigentum, wenn er im Augenblick der Genehmigung noch gutgläubig ist (§§ 932, 177 Abs. 1). Zur Abtretung der Briefhypothek außerhalb des Grundbuchs ist erforderlich Briefübergabe, privatschriftliche oder öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung und entweder Gläubigerschaft des Zedenten oder Legitimation des Zedenten gemäß § 1155 in Verbindung mit dem guten Glauben des Zessionars. Liegen nun die beiden ersteren Vor-

[1]) So auch Planck 2ba zu § 1155; Wolff S. 508 Anm. 23.

aussetzungen vor, fehlt aber das Gläubigerrecht des Zedenten sowie seine Legitimation nach § 1155, so kann die Hypothek nicht übergehen. Mit dem Augenblick aber, wo die Legitimation gemäß § 1155 vorliegt und der gute Glaube an das Gläubigerrecht des Zedenten vorhanden ist, sind sämtliche Voraussetzungen für den Rechtsübergang gegeben und die Hypothek geht auf den Erwerber über. Daß der gute Glaube auch noch zur Zeit der Ausfüllung der Lücke, also z. B. der Nachholung der öffentlichen Beglaubigung vorhanden sein muß, ist nicht etwa ein Hinausschieben des für die Gutgläubigkeit maßgebenden Zeitpunkts, sondern lediglich eine Anwendung des Gedankens, daß der gute Glaube in dem Zeitpunkt des Erwerbs vorliegen muß. Man darf auch nicht einwenden, im Zeitpunkt der nachträglichen Beglaubigung fehle dem Zedenten die Legitimation gemäß § 1155 deshalb, weil er ja gar nicht mehr Briefbesitzer sei, denn die Briefübergabe ist eine Voraussetzung des Rechtsübergangs, und sobald diese Voraussetzung erfüllt ist, ist die selbstverständliche Folge, daß der Zedent nicht mehr Briefbesitzer ist; nehmen wir z. B. den Fall, der Zedent übergibt den Hypothekenbrief, dann erteilt er die Abtretungserklärung, so wird niemand sagen, die Hypothek gehe nicht über, weil der Zedent im Augenblick der Erteilung der Abtretungserklärung nicht mehr durch den Besitz des Briefes legitimiert sei; daß dies dem Gesetz nicht entsprechen würde, ergibt sich schon aus § 1154 mit §§ 1117 u. 929 Satz 2. Für die vertretene Auffassung sprechen auch praktische Gesichtspunkte. Es wäre dem Verkehr schwer verständlich, daß wenn das Gesetz bestimmt, wer auf eine beglaubigte Abtretungskette vertraut, soll geschützt sein, dies dem, der eine fehlende Beglaubigung nachholen läßt, nicht zugute kommen soll, daß also dem nebensächlichen Umstande, ob die Nachholung der Beglaubigung der Briefübergabe und Abtretungserklärung vorausgeht oder nachfolgt, solch ausschlaggebende Bedeutung beigelegt werden soll. Dann wäre es auch sonderbar, wenn das Gesetz jemandem, dessen Gläubigerrecht urkundlich zweifelhaft ist, die Vorteile des § 1155 zugute kommen lassen würde, wenn gemäß § 891 eine Vermutung für sein Gläubigerrecht sprechen würde, wenn er gemäß § 893 zur Entgegennahme von Leistungen legitimiert wäre, wenn der Geltendmachung der

Hypothek durch ihn nicht gemäß § 1160 widersprochen werden könnte, wenn er sich als Gläubiger ins Grundbuch eintragen lassen und die Eintragung eines Erwerbers der Hypothek, auch ohne sich zuvor eintragen zu lassen, beantragen könnte. Wenn die entgegengesetzte Auffassung die Konsequenzen aus ihrer Auffassung ziehen will, so muß sie zu dem Resultut kommen, daß der Nachholung einer fehlenden Beglaubigung überhaupt keine Wirkung beizumessen ist, eben weil sich aus der zusammenhängenden Reihe von öffentlich beglaubigten Urkunden das Gläubigerrecht des Briefbesitzers nicht ergibt, denn es ist ja aus den Urkunden ersichtlich, daß die Beglaubigung einer Abtretungserklärung erst nachträglich erfolgt ist, und daß deshalb der Briefbesitzer die Stellung hat wie der, welcher von einem nicht gemäß § 1155 legitimierten Gläubiger erworben hat; es würde also z. B. der nächste Erwerber keinen Schutz gemäß §§ 1155, 892 genießen; daß dies nicht dem Sinn des § 1155 entspricht, dürfte wohl sicher sein. Nehmen wir den Fall, es hat sich jemand eine Briefhypothek abtreten lassen und entdeckt nachträglich, daß einer der vorausgehenden Abtretungserklärungen die öffentliche Beglaubigung fehlt. Läßt er die öffentliche Beglaubigung nachholen, so vermag dies nach der andern Ansicht sein Gläubigerrecht nicht sicherzustellen. Welchen Weg muß er also einschlagen, um solche Sicherheit zu erlangen? Er veranlaßt seinen Rechtsvorgänger, die Nachholung der öffentlichen Beglaubigung zu bewirken, läßt sich von diesem den Brief nochmals übergeben und nochmals eine Abtretungserklärung erteilen oder sorgt selbst für Nachholung der öffentlichen Beglaubigung, zediert die Hypothek mittels öffentlich beglaubigter Abtretungserklärung auf einen Dritten und läßt sie sich in gleicher Weise zurückzedieren. Welchen Vorteil dieser Umweg, der dem Gläubiger zugemutet wird, haben soll, wäre noch zu zeigen. Die entgegengesetzte Ansicht[1]) wird folgendermaßen begründet,[2]) zugunsten dessen, der ein Recht an einem Grundstück erwerbe, gelte gemäß § 892 der Inhalt des Grundbuchs im Zeitpunkt des Rechtserwerbs als richtig, eine spätere Veränderung

[1]) Goldmann-Lilienthal S. 555; Neumann IV, 1 β zu § 1155; Komm. d. RGRäte 2 zu § 1155.

[2]) vgl. Goldmann-Lilienthal a. a. O. Anm. 31.

des Grundbuchinhalts sei unerheblich, die Legitimation gemäß § 1155 werde nun für die Anwendung des § 892 der Eintragung im Grundbuch gleichgestellt, wenn also der Zedent im Zeitpunkt des Erwerbs der Hypothek durch den Zessionar nicht nach § 1155 legitimiert sei, so könne der Zedent in diesem Zeitpunkt auch nicht als eingetragener Gläubiger der Hypothek gelten. Diese Begründung verkennt den Zeitpunkt des Erwerbs; dies ist nämlich der Zeitpunkt, in dem die öffentliche Beglaubigung nachgeholt wird, in diesem Augenblick ist der Zedent gemäß § 1155 legitimiert und gilt demgemäß als eingetragener Gläubiger.

§ 10.

b) Schutz des neuen Gläubigers im Hinblick auf Ereignisse nach der Abtretung.

Bisher haben wir den Schutz betrachtet, den der Erwerber einer Hypothek bezüglich der zur Zeit der Abtretung seinem Vorgänger entgegenstehenden Einwendungen und Einreden genießt, wie steht es nun mit dem Schutz nach der Abtretung? Im Obligationenrecht finden wir auch in dieser Frage den Konflikt zwischen Gläubiger- und Schuldnerinteressen in doppelter Lösung vor. Bei der gewöhnlichen Forderung hat das Schuldnerinteresse gesiegt. Der Schuldner kann dem Neugläubiger gegenüber mit einer ihm gegen den Altgläubiger zustehenden Forderung aufrechnen, wenn er nicht schon beim Erwerbe der Forderung von der Abtretung Kenntnis hatte oder die Forderung erst nach Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig wurde (§ 406). Der Schuldner kann, solange er von der Abtretung keine Kenntnis hat, mit befreiender Wirkung an den Altgläubiger leisten sowie Rechtsgeschäfte in Ansehung der Forderung mit ihm abschließen, die der Neugläubiger gegen sich gelten lassen muß; ist zwischen Schuldner und Altgläubiger vor Kenntnis des Schuldners von der Abtretung ein Rechtsstreit über die Forderung anhängig geworden, so schafft die ergangene Entscheidung auch Rechtskraft gegen den neuen Gläubiger (§ 407). Hat der Altgläubiger eine abgetretene Forderung nochmals an einen Dritten abgetreten oder einem Dritten gegenüber anerkannt, daß die bereits abgetretene Forderung kraft Gesetzes auf ihn übergegangen sei, oder

wurde die abgetretene Forderung durch Gerichtsbeschluß einem Dritten überwiesen und der Schuldner leistet ohne Kenntnis von der ersten Zession an den Dritten oder schließt mit ihm ein Rechtsgeschäft ab, so muß dies der erste Zessionar gegen sich gelten lassen; wurde zwischen dem Schuldner und dem Dritten ein Rechtsstreit anhängig, bevor der Schuldner von der früheren Zession etwas wußte, so wirkt das Urteil auch gegen den ersten Zessionar (§ 408).

Anders ist die Lösung bei den Forderungen aus Order- und Inhaberpapieren, die für den Verkehr bestimmt sind und leicht umlauffähig sein müssen und bei denen deshalb das Interesse des Erwerbers in den Vordergrund gestellt ist; bei ihnen ist das Recht an ein Papier geknüpft, und nur der Papierinhaber ist dem Schuldner gegenüber als Gläubiger legitimiert. Auch die Hypothek soll ein verkehrsfähiges Recht sein; deshalb müssen auch bei ihr im Gegensatz zur gewöhnlichen Forderung die Interessen des Erwerbers in den Vordergrund treten. „Es wäre ein innerer Widerspruch, die gegen den bisherigen Gläubiger begründeten Einwendungen gegen den neuen Gläubiger auszuschließen, wenn dieselben *vor* der Übertragung entstanden, dagegen zuzulassen, wenn sie erst nach der Übertragung zur Entstehung gelangt wären. Das Öffentlichkeitsprinzip betätigt sich nicht allein in dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs, indem es dem Erwerber eines Rechtes an dem Grundstücke die Rechtsgültigkeit der Erwerbung gewährleistet, sondern auch darin, daß es demselben das erworbene Recht erhält."[1]) Es bestimmt demgemäß § 1156, die für die Übertragung der Forderung geltenden Vorschriften der §§ 406—408 sollen auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger in Ansehung der Hypothek keine Anwendung finden. Der Eigentümer kann also nicht mit einer ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehenden Forderung dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen oder sich auf eine durch den persönlichen Schuldner erklärte und nach § 406 für die persönliche Forderung wirksame Aufrechnung berufen. Der Eigentümer kann auch nicht gegenüber dem dinglichen Anspruch des neuen Gläubigers geltend machen, er oder der persönliche Schuldner habe

[1]) Mot. Bd. 3 S. 711; vgl. auch Prot. Bd. 3 S. 589 ff.

in Unkenntnis von der Abtretung an den alten Gläubiger geleistet oder mit diesem ein Rechtsgeschäft vorgenommen. Er kann sich nicht auf ein Urteil berufen, das in einem nach der Abtretung rechtshängig gewordenen Rechtsstreit mit dem bisherigen Gläubiger über die Hypothek oder die persönliche Forderung ergangen ist. Die Ausschließung der Anwendung des § 408 für das Hypothekenrecht hat keine erhebliche Bedeutung, da der Fall einer mehrfachen Abtretung wegen der Formerfordernisse selten praktisch werden wird. Bei der Buchhypothek ist wegen des Erfordernisses der Eintragung ins Grundbuch mehrfache Abtretung gar nicht möglich, doch kann unter Umständen die Hypothek kraft Gesetzes ohne Eintragung auf einen anderen übergehen, und bei der Briefhypothek ist wegen Zulassung der Übergabesurrogate auch mehrfache Abtretung möglich; denkbar sind also Kollisionen, die an und für sich unter § 408 fallen würden, sehr wohl. Durch den Ausschluß der §§ 406—408 für das Hypothekenrecht wird aber keineswegs die Bedeutung des § 893 event. in Verb. mit § 1155 ausgeschlossen. Auf Grund dieser sachenrechtlichen Vorschriften gelangt man in einigen Fällen, insbesondere in den meisten Fällen mehrmaliger Übertragung zum gleichen Ergebnis, zu dem auch die Anwendung der §§ 406—408 führen würde. Es ist aber zu beachten, daß die §§ 406—408 nur in Ansehung der Hypothek keine Anwendung finden; es wird also wie beim gutgläubigen Erwerb auch hier nur der Bestand der Hypothek, des dinglichen Rechtes, nicht aber der persönlichen Forderung gewährleistet. Es können also gegenüber einer Klage aus der persönlichen Forderung Einreden aus den §§ 406—408 unbeschränkt geltend gemacht werden, und es ist möglich, daß der Gläubiger, welcher die dingliche und die Schuldklage gleichzeitig anstrengt, mit der dinglichen Klage durchdringt und mit der Schuldklage auf Grund der §§ 406—408 abgewiesen wird. Man rechtfertigte diese Regelung damit, daß es ein durch die Rücksicht auf den Realkredit nicht gerechtfertigter Bruch in das Obligationenrecht wäre, wenn die Beschränkungen, welchen die Verteidigung des Schuldners gegen den dinglichen Anspruch unterworfen wird, auf den Fall der Verfolgung des persönlichen Anspruchs übertragen würden.[1])

[1]) Mot. Bd. 3 S. 713.

Erlischt die Forderung auf Grund der §§ 406—408, so hätte dies an und für sich die Folge, daß die Hypothek zur Eigentümerhypothek wird (§ 1163 Abs. 1 Satz 2) oder auf den persönlichen Schuldner übergeht (§ 1164 Abs. 1). Diese Folgerung wird aber von niemandem gezogen und kann auch nicht gezogen werden, weil damit der Zweck des § 1156, dem Gläubiger den Fortbestand der Hypothek zu sichern, vereitelt würde.[1])

Dieser Grundsatz des § 1156 erleidet jedoch wieder Ausnahmen: der neue Gläubiger muß eine dem bisherigen Gläubiger gegenüber erfolgte Kündigung des Eigentümers gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß die Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen ist (§ 1156 Satz 2). Diese Bestimmung wurde zum Schutze des Eigentümers getroffen, denn der Eigentümer könne, wenn er mit Rechtswirksamkeit nur dem jeweiligen Gläubiger kündigen dürfe, leicht um sein Kündigungsrecht gebracht werden, weil er von einer Zession häufig nicht benachrichtigt werde und deshalb die Person des jeweiligen Gläubigers unter Umständen nicht kenne.[2]) Bei der Buchhypothek hat dieser Satz keine erhebliche praktische Bedeutung, denn die Abtretung der Buchhypothek sowie ihre Übertragung im Wege der Zwangsvollstreckung ist von der Eintragung ins Grundbuch abhängig, und beim Übergang der Hypothek kraft Gesetzes ist der Eigentümer, der dem alten Gläubiger kündigt, schon durch § 893 geschützt. Anders ist es bei der Briefhypothek, wo sich die Abtretung vollständig unabhängig vom Grundbuch vollziehen kann; hier ist es für den Eigentümer von großer Wichtigkeit, wenn er einfach dem letzten ihm bekannten Gläubiger kündigen kann. Der neue Gläubiger kann sich gegen die Wirkungen des § 1156 Satz 2 dadurch schützen, daß er sofort nach der Abtretung den Eigentümer von dieser benachrichtigt.

Eine weitere Ausnahme von § 1156 gilt für Zinsen und andere Nebenleistungen sowie hinsichtlich der Kostenansprüche (§§ 1158, 1159).

---

[1]) Infolge dieser Regelung ergeben sich komplizierte Regreßansprüche; vgl. hierzu Hachenberg, Beiträge S. 110 ff. und Kober II, 3 zu § 1156.

[2]) Prot. Bd. 3 S. 664.

§ 11.

c) Schutz des Eigentümers und des persönlichen Schuldners.

Es sind hier nicht die allgemeinen zum Schutz des Eigentümers und des persönlichen Schuldners gegebenen Vorschriften zu erörtern, sondern die Bestimmungen, welche Schutz gegen die aus der Abtretung drohenden Gefahren gewähren.

Was den persönlichen Schuldner anlangt, so gelten für diesen die Bestimmungen des Obligationenrechts in vollem Umfang. Es gilt also für ihn der Grundsatz, daß seine Stellung durch die Abtretung nicht beeinträchtigt werden darf. Er kann dem neuen Gläubiger die gleichen Einwendungen und Einreden wie dem alten Gläubiger entgegenhalten (§ 404). Die §§ 406—408 finden zu seinen Gunsten Anwendung. Hat der Zedent ihm die Zession angezeigt, so muß er die Anzeige gegen sich gelten lassen, auch wenn die Zession nicht erfolgt oder nicht wirksam ist, und der Zedent kann die Anzeige nur mit Zustimmung des in der Anzeige bezeichneten neuen Gläubigers widerrufen (§ 409). Der persönliche Schuldner braucht nur gegen Aushändigung einer von dem alten Gläubiger ausgestellten Zessionsurkunde zu leisten und kann eine Kündigung oder Mahnung ohne Vorlegung einer solchen Urkunde unverzüglich zurückweisen (§ 410).

Dem Erwerber einer Hypothek ist durch §§ 1138, 1155, 1157 in weitem Umfang Schutz des guten Glaubens gewährt, und dem Eigentümer gehen die Einwendungen und Einreden, die ihm gegen den Vormann des Erwerbers zustanden, verloren. Daß dies für den Eigentümer eine erhebliche Gefahr bedeutet, liegt auf der Hand, und gegen diese Gefahr muß das Gesetz dem Eigentümer ein Schutzmittel geben. Was das dingliche Recht anbelangt, so liegt der Schutz für den Eigentümer unmittelbar in den §§ 894—899. Der gute Glaube des Erwerbers wird aber geschützt nicht bloß in Hinsicht auf das dingliche Recht, sondern auch bezüglich der Forderung und der dem Eigentümer gemäß § 1137 zustehenden Einreden; deshalb muß auch das Gesetz den Schutz des Eigentümers entsprechend ausdehnen, und demgemäß bestimmt § 1138, daß die Vorschriften über die Berichtigung des Grundbuchs und Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs

(§§ 894—899) auch hierauf Anwendung finden sollen. Der Eigentümer kann also nicht nur, wenn das Grundbuch bezüglich der Hypothek, eines Rechtes an der Hypothek oder einer Verfügungsbeschränkung mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht, von dem Gläubiger die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen, sondern auch wenn es in Ansehung der Forderung unrichtig ist oder eine Einrede gegen die Forderung nicht im Buch zum Ausdruck kommt. Soweit es zur Berichtigung erforderlich ist, kann er zuvorige Eintragung des Rechtes des Gläubigers (§ 895) und bei der Briefhypothek die Vorlegung des Hypothekenbriefes an das Grundbuchamt verlangen (§ 896). Die Durchführung eines solchen Berichtigungsanspruchs kann längere Zeit in Anspruch nehmen; deshalb ist dem Eigentümer in den Fällen, wo ein Berichtigungsanspruch besteht, als vorläufiger Schutz das Recht gegeben, einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs in das Grundbuch eintragen zu lassen (s. § 899). Zweifel haben sich nun über das Verhältnis von Vormerkung und Widerspruch ergeben.[1]) Richtig wird folgendes sein. Hat der Eigentümer einen obligatorischen Anspruch auf Übertragung, Aufhebung der Hypothek oder Änderung ihres Inhalts, z. B. der Gläubiger hat sich verpflichtet, auf die Hypothek zu verzichten, so ist die Vormerkung gemäß § 883 das geeignete Mittel, um die Rechte des Eigentümers zu wahren; Berichtigung und Widerspruch (§§ 894, 899) kommen nicht in Frage, da das Grundbuch ja nicht unrichtig ist. Steht aber der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung der Hypothek mit der wirklichen Rechtslage nicht in Einklang, z. B. die Hypothek ist eingetragen, aber nicht zur Entstehung gekommen, weil die Einigung fehlt, oder der Eigentümer geschäftsunfähig war usw., dann kann der Eigentümer Berichtigung des Grundbuchs und zur vorläufigen Sicherung Eintragung eines Widerspruchs verlangen, die Eintragung einer Vormerkung ist hier unmöglich. Hat der Eigentümer eine Einrede gemäß § 1137 oder § 1157 (soweit es sich nicht um Abtretung, Belastung oder Inhaltsänderung handelt), so hat er einen Anspruch

[1]) vgl. hierüber Fuchs 3 zu § 1138; Planck 6 zu § 1138; Biermann 1 zu § 1138.

darauf, daß die Einrede ins Grundbuch eingetragen wird, und zur vorläufigen Sicherung dieses Rechtes hat er das Recht auf Eintragung eines Widerspruchs (§§ 1138, 1157, 894, 899);[1]) das Grundbuch ist bestimmt, auch über diese obligatorischen Rechtsverhältnisse Auskunft zu geben, und das Bestehen einer jeden der genannten Einreden macht das Grundbuch unrichtig; wirkt eine solche Einrede peremptorisch, dann kann der Eigentümer nach § 1169 auch Verzicht auf die Hypothek fordern; dies wäre ein vormerkungsfähiger Anspruch, und insoweit kann das Recht auf Eintragung eines Widerspruchs mit dem Recht auf eine Vormerkung konkurrieren. Hat z. B. der Eigentümer eines Grundstücks dem Verkäufer für das Restkaufgeld Hypothek bestellt und hat nun wegen Mängeln ein Minderungsrecht, so kann er einen Widerspruch ins Grundbuch eintragen lassen, weil im Grundbuch eine einredefreie Hypothek steht, während in Wirklichkeit der Kaufpreisforderung die Minderungseinrede entgegensteht, weil also der Inhalt des Grundbuchs nicht mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmt; er kann aber auch in Höhe seines Minderungsanspruchs Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek und insoweit Eintragung einer Vormerkung verlangen. Es ist nicht, wie Fuchs (S. 451) annimmt, so, daß der Eigentümer, solange die Minderung nicht vollzogen sei, er also nur einen Anspruch auf Herabsetzung des Kaufpreises habe, eine Vormerkung eintragen lassen müsse, weil es sich vorerst nur um einen Anspruch auf teilweise Aufhebung der Hypothek handle, und daß erst, wenn die Minderung gemäß § 465 vollzogen, die Forderung also erloschen sei und die Hypothek insoweit dem Eigentümer gebühre, das Recht auf Berichtigung und Widerspruch gegeben sei. Ebenso ist auch die Ansicht von Oberneck (S. 392), daß bei der Kaufgeldhypothek für den Fall der Wandelung oder Minderung des Kaufes immer die Vormerkung das geeignete Schutzmittel sei, abzulehnen. Wie steht es nun, wenn fälschlicherweise statt des Widerspruchs eine

[1]) Der Fall, wo Einwendungen gegen das Bestehen der Forderung vorgebracht werden, ist schon durch § 894 mit 899 direkt getroffen, denn bei Nichtexistenz der Forderung steht die Hypothek dem Eigentümer zu, das Grundbuch ist also insofern unrichtig, als die Hypothek auf den Namen des Gläubigers eingetragen ist, während sie in Wirklichkeit dem Eigentümer zusteht.

Vormerkung eingetragen wird? Wenn der Erwerber das Grundbuch eingesehen hat, so wird man in der Regel Kenntnis von der Einrede annehmen. Hat er aber das Grundbuch nicht eingesehen, wie liegt es da? Auch hier wird der Eigentümer geschützt,[1]) sofern nur aus der fälschlichen „Vormerkung" die in Frage stehende Einrede sich ergibt, denn es kann nicht auf die Bezeichnung des Eintrags, sondern nur auf den materiellen Inhalt ankommen, und in diesem Fall haben wir eben in Wirklichkeit einen Widerspruch, der nur fälschlicherweise als Vormerkung bezeichnet ist.

Ein besonders gearteter Widerspruch ist der Widerspruch wegen mangelnder Darlehnshingabe § 1139. Die Voraussetzungen der Eintragung sind hier erleichtert, es genügt Antrag des Eigentümers auf Grund der Behauptung, daß die Hingabe des Darlehns unterblieben sei, wenn der Antrag innerhalb eines Monats gestellt wird. Der innerhalb eines Monats eingetragene Widerspruch hat aber auch eine besondere Wirkung, sofern er den öffentlichen Glauben des Grundbuchs mit rückwirkender Kraft zerstört. Diese Bestimmung enthält also eine Durchbrechung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. Sie ist zum Schutze des Eigentümers deshalb gegeben, weil Zug-um-Zugleistung nicht möglich ist, der Eigentümer also in der Regel vorleisten muß. Sie enthält auch nicht etwa eine Unbilligkeit für den Erwerber, denn wenn er eine binnen Monatsfrist eingetragene Hypothek erwirbt, muß er eben schon von vornherein damit rechnen, daß die erworbene Hypothek nicht dem Veräußerer zusteht.

Dem Eigentümer sind die Einreden aus §§ 406—408, die dem Schuldner im Falle der Abtretung Schutz gewähren, versagt. Der Schutz des Eigentümers gegen Doppelzahlung wird auf andere Weise erreicht. Es greifen hier die Bestimmungen der §§ 1144, 1160, 893 eventl. mit 1155 ein. Bei der Buchhypothek gilt reine Buchlegitimation, bei der Briefhypothek braucht der Eigentümer nur gegen Aushändigung des Hypothekenbriefs zu leisten und kann der Geltendmachung der Hypothek durch den Gläubiger widersprechen, wenn dieser nicht den Brief vor-

[1]) Kretzschmar 5 zu § 1138.

legt und entweder im Grundbuch eingetragen ist oder die in § 1155 bezeichneten Urkunden vorlegt. Ist nun aber bei der Buchhypothek der Gläubiger eingetragen oder bei der Briefhypothek gemäß § 1160 zur Geltendmachung der Hypothek legitimiert, so wird der Eigentümer nach § 893 event. mit § 1155 auch geschützt, wenn er an ihn leistet oder Rechtsgeschäfte der im § 893 bezeichneten Art mit ihm vornimmt. Eine Kündigung oder Mahnung, die ohne Vorlage von Brief und den erwähnten Übertragungsurkunden geschieht, kann der Eigentümer unverzüglich zurückweisen und dadurch unwirksam machen (§ 1160 Abs. 2.). Es gilt also bei der Hypothek ähnlich wie bei den Skripturobligationen Papierlegitimation, nur der in bestimmter Weise Legitimierte kann fordern, und Leistung an diesen wirkt befreiend. Ist z. B. eine Zession nichtig, der Zessionar aber gemäß § 1160 legitimiert, so muß der Zedent eine Leistung an den Zessionar gegen sich gelten lassen, das gleiche gilt für den Fall mehrfacher Übertragung, auch hier wirkt Leistung an den, der sich gemäß § 1160 als Gläubiger darstellt, gegen den wahren Gläubiger. Der Eigentümer genießt aber nur dann Schutz, wenn er gutgläubig ist, d. h. wenn ihm die mangelnde Gläubigerschaft des vorschriftsmäßig Legitimierten nicht bekannt ist und sich auch nicht aus Buch oder Brief ergibt. Der für den guten Glauben maßgebende Zeitpunkt ist der der Leistung bezw. der Vornahme des Rechtsgeschäfts. Unter den Schutz des § 893 fallen die Leistungen, die auf Grund des eingetragenen Rechts bewirkt werden, sowie alle Verfügungsgeschäfte, soweit sie nicht den Erwerb oder die Belastung des Rechtes zum Gegenstand haben, hierher gehören namentlich Vereinbarungen über Änderungen des Inhalts des Rechtes, z. B. Ort oder Zeit der Zahlung, die Verzinsung wird anders geregelt, dann auch einseitige Rechtsgeschäfte, z. B. Verzicht und Kündigung.

Greift dieser Schutz des § 893 auch dann ein, wenn der Eigentümer nach Fälligkeit der Hypothek das Kapital an den legitimierten Nichtgläubiger bezahlt?

Ist der Eigentümer mit dem persönlichen Schuldner nicht identisch, so bestimmt § 1143, daß soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn übergeht. Bei der Buchhypothek gilt folgendes. Nach § 893 gilt zugunsten dessen, der an den-

jenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, auf Grund dieses Rechtes eine Leistung bewirkt, der Inhalt des Grundbuchs als richtig. Ist also jemand im Grundbuch als Hypothekengläubiger eingetragen, obwohl er in Wirklichkeit nicht Gläubiger ist, so gilt er doch zugunsten des gutgläubigen Eigentümers als wahrer Gläubiger. Eine Kapitalzahlung an ihn hat die gleiche Wirkung, wie wenn er wahrer Gläubiger wäre, hat also Befriedigung des Gläubigers zur Folge. Daß die Kapitalzahlung in diesem Fall eine Leistung ist, die „auf Grund des eingetragenen Rechtes" erfolgt, ist wohl zweifellos. Befriedigung des Gläubigers bewirkt den Übergang der Forderung auf den Eigentümer, und mit der Forderung geht gemäß §§ 401, 412, 1153 die Hypothek auf ihn über. Der wahre Gläubiger hat Forderung und Hypothek verloren. Dies ist wohl allgemein anerkannt.[1]) Bei der Briefhypothek genügt die Eintragung ins Grundbuch nicht zur Legitimation gemäß § 893, sondern es ist außerdem noch Briefbesitz erforderlich. Wurde die Briefhypothek außerhalb des Grundbuchs übertragen, so ist Briefbesitz und Nachweis des Gläubigerrechts nach § 1155 nötig. Im letzteren Fall ergibt sich die Notwendigkeit des Briefbesitzes direkt aus § 1155. Daß Leistung an den, der sein Gläubigerrecht auf Eintragung ins Grundbuch stützt, aber nicht auch Briefbesitzer ist, den Schutz des § 893 nicht genießt, ergibt sich schon aus der allgemeinen Erwägung, daß zum Erwerb der Briefhypothek Erlangung des Besitzes am Hypothekenbrief erforderlich ist, und daß die Briefhypothek außerhalb des Grundbuchs übertragen werden kann. Daß die Eintragung im Grundbuch gar keine Auskunft über das Gläubigerrecht des Eingetragenen gibt, geht aber auch aus dem Gesetze hervor, denn auf den § 893 sollen die Vorschriften des § 892 entsprechende Anwendung finden, für die Anwendung des § 892 ist aber der Briefbesitz Voraussetzung, denn die Abtretung und Belastung einer Briefhypothek verlangt gemäß §§ 1154, 1274 Briefübergabe, also Besitz des Briefes auf seiten des Veräußerers. Ist also für die Anwendung des § 892 Eintragung plus Brief-

[1]) So auch Planck II, 1 d zu § 892; Fuchs 3 e zu § 1143; Biermann 6 a zu §§ 892, 893; Kober 3 II B 1 c zu § 892; Ramdohr im GruchotsBeitr. Bd. 44 S. 359; Wolf S. 123 u. a.

besitz erforderlich, so gilt dies auch für die Anwendung des § 893; aber abgesehen davon würde auch die Analogie aus § 1155 durchgreifen. Wird aber das Gläubigerrecht in solcher Weise beglaubigt, so ist der Eigentümer nach § 893 in gleicher Weise wie bei der Buchhypothek geschützt. Zum Teil wird bei der Briefhypothek die Ansicht vertreten, daß hier der § 893 wohl in Ansehung einzelner Zinsraten, nicht aber für Kapitalzahlungen Anwendung finde, weil in dieser Beziehung der Eigentümer des Schutzes durch § 893 nicht bedürfe, da er durch die Vorschriften der §§ 1160 und 1144 geschützt sei.[1]) Dies ist aber nicht richtig, denn in §§ 1160 mit 1144 kommt nur zum Ausdruck, daß der, welcher die Hypothek geltend machen will, in bestimmter Weise legitimiert sein muß, aber keineswegs daß der Eigentümer darauf vertrauen kann, daß der in dieser Weise Legitimierte auch wirklich Gläubiger ist, es ist also unrichtig, daß der Eigentümer des Schutzes durch § 893 nicht bedürfe, es ist auch kein Grund vorhanden, Buch- und Briefhypothek verschieden zu behandeln, es hat also der § 893 auch bei der Briefhypothek uneingeschränkt Anwendung zu finden. Ist der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner, so greift § 1163 Abs. 1 Satz 2 ein, wo es heißt: „Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek". Das Gesetz geht also davon aus, daß der Eigentümer in diesem Fall Zahlung auf die persönliche Forderung leistet, diese dadurch zum Erlöschen bringt und damit kraft Gesetzes die Hypothek erwirbt. Ist der als Gläubiger Legitimierte in Wirklichkeit nicht Gläubiger, so wird der Eigentümer gemäß § 893 eventl. mit § 1155 geschützt und erwirbt die Hypothek trotzdem gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2,[2]) und zwar gilt dies sowohl für Buch- wie für Briefhypotheken.[3]) Es könnte an und für sich bei der gesetzlichen Konstruktion, wonach bei Identität zwischen Eigentümer und persönlichem Schuldner die Leistung des Eigentümers als Tilgung der persönlichen Forderung betrachtet wird, zweifelhaft sein, ob § 893 zur An-

[1]) So RG. Bd. 56 S. 415; Kober I, 1 zu § 893; Komm. d. RGRäte 4 zu § 892; Türcke 3 zu § 893; Crome S. 148 Anm. 12; Maenner S. 44.

[2]) So auch Planck II 1d zu § 892; Biermann 6a zu §§ 892, 893, wohl auch Kober II B1c zu § 892 u. a.

[3]) And. M. bezüglich der Briefhypothek auch hier die Anm. 1 Genannten.

wendung zu bringen ist. Man wird aber doch sicher sagen müssen, auch in diesem Fall bewirkt der Eigentümer eine Leistung auf Grund des eingetragenen Rechtes. Den Parteien kommt diese Scheidung zwischen Forderung und dinglichem Recht gar nicht zum Bewußtsein, der Eigentümer leistet eben, um den Gläubiger im Hinblick auf die Forderung und Hypothek zu befriedigen und um den Erwerb der Eigentümerhypothek zu bewirken. Es wäre auch schwer verständlich, daß der Eigentümer an den legitimierten Gläubiger soll Zinsen bezahlen, Änderung der Zahlungsbedingungen mit ihm vereinbaren können usw., daß er aber Kapitalzahlungen an ihn nicht soll machen können. Es lag auch wohl schwerlich in der Absicht des Gesetzgebers, mit der Konstruktion des § 1163 Abs. 1 Satz 2 die Stellung des Eigentümers im Hinblick auf den Schutz des guten Glaubens ganz anders zu gestalten, als wie wenn Eigentümer und Schuldner verschiedene Personen sind; die Schutzwürdigkeit des Eigentümers ist doch in diesem Fall ebenso groß. Dann bestärkt auch der § 1161 diese Auffassung, denn es ist anzunehmen, daß, wenn das Gesetz zur Geltendmachung der persönlichen Forderung die gleiche Legitimation verlangt, wie sie zur Geltendmachung des dinglichen Rechtes gehört, daß es den Eigentümer dann auch in gleicher Weise schützt, wenn er auf diese Legitimation vertraut. Unrichtig ist m. E. die Auffassung,[1]) daß der Eigentümer zwar die Hypothek erwerbe, aber dem wirklichen Gläubiger gegenüber nicht von seiner persönlichen Haftung befreit werde, daß also der wahre Gläubiger mit der persönlichen Klage gegen den Eigentümer durchdringe, mit der dinglichen Klage aber abgewiesen werde, denn entweder führt die Zahlung das Erlöschen der Forderung herbei, und dann geht die Hypothek auf den Eigentümer über, oder die Forderung erlischt nicht, dann geht auch die Hypothek nicht über.

Kommt nun dieser Schutz des guten Gläubigers nur dem Eigentümer, nicht auch dem persönlichen Schuldner oder einem Dritten, der gemäß §§ 1150, 268 leistet, oder einem Bürgen zugute?[2])

[1]) Goldmann-Lilienthal Bd. 2 S. 558 Anm. 46 a. E.

[2]) vgl. hierzu insbes. Leo Sternberg, Die Bedeutung des § 1138, in IheringsJ. Bd. 25 S. 385—411.

Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, so geht die Hypothek insoweit auf ihn über, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann (§ 1164 Abs. 1 Satz 1). Wird nun der persönliche Schuldner von der persönlichen Schuld befreit, und erwirbt er die Hypothek auch dann, wenn er an den formgerecht legitimierten Nichtgläubiger zahlt? Dies ist zu bejahen,[1]) denn auch der persönliche Schuldner leistet „auf Grund eines eingetragenen Rechtes", nämlich auf Grund der Hypothek. Die Zahlung durch den persönlichen Schuldner bezweckt nicht lediglich Tilgung der persönlichen Forderung, sondern auch Befriedigung des Gläubigers im Hinblick auf das dingliche Recht. Wenn der Eigentümer und der persönliche Schuldner identisch sind, so sieht das Gesetz die Leistung des Eigentümers als auf die persönliche Forderung geschehen an (§ 1163 Abs. 1 Satz 2), trotzdem wird beinahe allgemein angenommen, daß die Leistung „auf Grund des eingetragenen Rechtes" erfolge, weshalb soll die Leistung des persönlichen Schuldners, der nicht mit dem Eigentümer identisch ist, nicht ebenso „auf Grund des eingetragenen Rechtes" geschehen? Es ist wohl auch meistenteils anerkannt, daß der persönliche Schuldner, der an den legitimierten Nichtgläubiger Zinsen zahlt, befreit wird, warum sollen nun die Zinsen der Forderung anders behandelt werden als die Forderung selbst? In der Literatur wird überwiegend eine andere Ansicht vertreten. Teilweise wird angenommen, daß der persönliche Schuldner durch Leistung an den legitimierten Nichtgläubiger weder befreit werde noch die Hypothek erwerbe.[2]) Dies wird damit begründet, daß der persönliche Schuldner an den Gläubiger nicht auf Grund eines eingetragenen dinglichen Rechtes eine Leistung vornehme, sondern lediglich zur Erfüllung seiner persönlichen Verbindlichkeit Zahlung leiste, dazu komme, daß § 893 in Ansehung der Forderung nicht schlechthin, sondern nur für die Hypothek gelte, die im vorliegenden Falle nicht in Betracht komme,

[1]) So auch Planck II 1 d zu § 892; Neumann I, 1 c zu § 892; Komm. d. RGRäte 3 zu § 893 (für Buchhypotheken).

[2]) So Goldmann-Lilienthal Bd. 2 S. 558; Biermann 2 zu § 1164; Turnau-Förster 8 zu § 1164; Kober II, 1 aε zu § 1164; vor allem Sternberg a. a. O. S. 399 ff.

Was den ersteren Grund anlangt, so wird m. E. eine solche Auslegung weder dem Sinne des § 893 noch den Parteianschauungen gerecht, denn die Leistung des persönlichen Schuldners erfolgt nicht lediglich zur Erfüllung seiner persönlichen Verbindlichkeit, sondern daneben und sogar in erster Linie bildet das dingliche Recht Grund und Veranlassung für die Leistung. Und wenn geltend gemacht wird, nach § 1138 gelte § 893 in Ansehung der Forderung nur für die Hypothek, so ist dazu zu sagen, § 893 findet Anwendung, sobald eine Leistung auf Grund des eingetragenen Rechtes erfolgt, dies trifft im vorliegenden Falle zu, und § 1138 hat nicht den Zweck, das Anwendungsgebiet des § 893 einzuschränken. Ein Teil der Schriftsteller[1]) nimmt an, daß der persönliche Schuldner durch Leistung an den legitimierten Nichtgläubiger von seiner Schuld dem wahren Gläubiger gegenüber befreit werde, weil er durch § 893 gedeckt sei, daß er aber die Hypothek nicht erwerbe, weil ihm § 892 nicht zur Seite stehe, denn § 892 setze rechtsgeschäftlichen Erwerb voraus, die hypothekarische Sukzession des § 1164 sei ein Erwerb kraft Gesetzes. § 892 kann allerdings keine Anwendung finden, der Erwerb der Hypothek durch den persönlichen Schuldner ergibt sich aber aus § 1164, wo der Übergang der Hypothek als gesetzliche Folge an die Befriedigung des Gläubigers geknüpft ist, und wenn § 893 sagt, zugunsten des auf Grund eines eingetragenen Rechts Leistenden gelte der Inhalt des Grundbuchs als richtig, so heißt dies soviel, als Leistung an einen solchermaßen legitimierten Nichtgläubiger hat die gleichen Wirkungen, wie wenn dieser wahrer Gläubiger wäre, hat also den Übergang der Hypothek auf den persönlichen Schuldner zur Folge. Wenn Oberneck a. a. O. weiter ausführt, der wahre Gläubiger müsse die Zahlung durch den persönlichen Schuldner gegen sich gelten lassen, und vermöge dieser Fiktion müsse die Forderung als untergegangen erachtet werden, hiernach gehe gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2 die Hypothek auf den Eigentümer über, und der persönliche Schuldner habe auf Grund der §§ 812 ff. einen Anspruch gegen den ersatzpflichtigen Eigentümer auf Übertragung der Hypothek, so muß man fragen, aus

[1]) Fuchs 7 zu § 1164; Oberneck Bd. 2 S. 248/49.

welchem Grund wird an die als Befriedigung des wirklichen Gläubigers geltende Zahlung die Wirkung des § 1163 und nicht die des § 1164 angeschlossen, und welche Vorteile soll der angegebene Umweg bieten? Es kommt also dem regreßberechtigten persönlichen Schuldner der Schutz des § 893 in vollem Umfang zugute, er wird befreit und erwirbt eine Ersatzforderung nebst Hypothek. Die entgegengesetzte Auffassung führt auch zu wenig befriedigenden Ergebnissen. Ist die Übertragung einer Hypothek nichtig, so wird der Schuldner, welcher einfach an den alten Gläubiger bezahlt, ohne sich darum zu bekümmern, ob dieser in der Tat auch noch Gläubiger ist, von der persönlichen Schuld befreit und erwirbt die Hypothek; er ist also besser gestellt als der, welcher bei der Buchhypothek das Buch einsieht oder bei der Briefhypothek die Legitimation des Gläubigers prüft. Ist die Übertragung aber gültig, so wird der Schuldner, der an den Altgläubiger bezahlt, zwar nach § 407 von der persönlichen Schuld befreit, erwirbt aber gemäß § 1156 die Hypothek nicht, während beides der Fall ist, wenn er an den legitimierten Gläubiger bezahlt; bei dieser Sachlage also ist der, welcher die Legitimation prüft, besser daran. Der Schuldner kann also nicht mit Sicherheit an den seitherigen Gläubiger zahlen, denn er weiß nicht, ob er in diesem Falle die Hypothek erwirbt, an einen neuen, sich ordnungsmäßig legitimierenden Gläubiger kann er ebenfalls nicht zahlen, weil er hier nicht einmal die Gewißheit hat, daß er von der persönlichen Schuld befreit wird. Der Schuldner ist demnach in einer prekären Lage und muß zur Hinterlegung gemäß § 372 BGB., § 75 ZPO. greifen, wenn er sicher gehen will. Weiter kommen wir zu dem eigentümlichen Resultat, der Schuldner wird befreit, wenn er an den Neugläubiger, der eine von dem alten Gläubiger ausgestellte privatschriftliche Abtretungserklärung vorlegt, bezahlt (§ 409 Abs. 1); er wird aber nicht befreit, wenn er an den durch Umschreibung im Grundbuch als neuer Gläubiger Legitimierten bezahlt, obwohl im letzteren Fall die Garantie dafür, daß das Recht tatsächlich übergegangen ist, doch viel größer ist.

Hat der persönliche Schuldner kein Regreßrecht, so erlischt durch seine Leistung die Forderung, und der Eigentümer erwirbt gemäß § 1163 die Hypothek. Auch hier greifen aus den gleichen

Gründen die Wirkungen des § 893 ein, wenn der Schuldner an einen legitimierten Nichtgläubiger zahlt; auch hier leistet der persönliche Schuldner nicht bloß auf Grund der persönlichen Forderung, sondern auch um den Gläubiger wegen des dinglichen Rechtes zu befriedigen und dadurch eine interne Pflicht gegenüber dem Eigentümer zu erfüllen. Stellen wir uns auf den entgegengesetzten Standpunkt, so kommen wir zu folgendem Ergebnis. Der Schuldner, welcher gegenüber dem Eigentümer zur Befriedigung des Hypothekengläubigers verpflichtet ist, leistet, da er von der Abtretung der Hypothek nichts weiß, an den alten Gläubiger; die persönliche Forderung erlischt, die Hypothek bleibt aber gemäß § 1156 bestehen, der neue Gläubiger macht die Hypothek gegen den Eigentümer geltend, dieser bezahlt und nimmt Regreß gegen den persönlichen Schuldner, der also doppelt zahlen muß und sehen kann, ob er das an den alten Gläubiger Gezahlte wieder zurückbekommt. Ist der persönliche Schuldner aber vorsichtig und sieht bei der Buchhypothek vor der Zahlung das Grundbuch ein oder prüft bei der Briefhypothek die Legitimation des Gläubigers durch Brief und Buch bezw. Abtretungskette und bezahlt an den solchermaßen Legitimierten, der aber aus irgendwelchen Gründen in Wirklichkeit nicht Gläubiger ist, so wird er nicht befreit und muß nochmal an den wahren Gläubiger bezahlen bezw. dem Eigentümer Regreß leisten; er muß also wieder zweimal bezahlen. Auch hier kann demnach der Schuldner an niemanden mit Sicherheit leisten und ist auf sein Hinterlegungsrecht angewiesen. Es ist auch eigenartig, der Schuldner ist dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, diesen zu befreien; leistet der Eigentümer selbst an den legitimierten Gläubiger, so wird er befreit; leistet aber der persönliche Schuldner an die gleiche Person, so soll dies keine befreiende Wirkung haben? Ob diese Konsequenzen dem Sinne des Gesetzes entsprechen, dürfte zweifelhaft sein.

Bisher sind wir davon ausgegangen, daß der vorschriftsmäßig legitimierte Gläubiger weder Gläubiger der Hypothek noch Gläubiger der Forderung ist, sondern daß beide einem früheren Gläubiger, z. B. noch dem Zedenten zustehen; die gleichen Grundsätze müssen auch gelten, wenn z. B. Forderung mit Hypothek auf den zahlenden Bürgen oder Lösungsberechtigten übergegangen

ist und der persönliche Schuldner an den früheren, aber noch legitimierten Gläubiger leistet.

Wie liegt es nun in dem Fall, wenn der legitimierte Gläubiger zwar Gläubiger der Hypothek ist, die Forderung aber noch einem früheren Gläubiger zusteht? Eine solche Trennung ist wegen § 1138 mit § 892 sehr wohl möglich; z. B. ein geschäftsunfähiger Hypothekengläubiger tritt die Hypothek an einen anderen ab, dieser erwirbt nun weder Hypothek noch Forderung, wird aber als Hypothekengläubiger legitimiert und wenn er die Hypothek auf einen gutgläubigen Dritten weiter überträgt, so erwirbt dieser gemäß §§ 1138, 892 die Hypothek, nicht aber die persönliche Forderung. Auch hier genießt der persönliche Schuldner den Schutz des § 893, ist er regreßberechtigt, so erwirbt er die Hypothek, ist er nicht regreßberechtigt, so erwirbt sie der Eigentümer. Es ist nun aber auch möglich, daß der Eigentümer bereits geleistet und nach § 1143 Abs. 1 Forderung nebst Hypothek erworben hat. Was hat nun zu gelten, wenn der frühere Gläubiger noch als Gläubiger legitimiert ist und der persönliche Schuldner ohne Kenntnis von der vorherigen Leistung des Eigentümers nochmals an den früheren Gläubiger leistet? Ist im internen Verhältnis zwischen persönlichem Schuldner und Eigentümer der persönliche Schuldner zur Leistung verpflichtet, z. B. er hat das hypothekenbelastete Grundstück lastenfrei veräußert, so wird er durch Leistung an den früheren, noch legitimierten Gläubiger von der persönlichen, auf den Eigentümer übergegangenen Forderung befreit. Ist aber im internen Verhältnis der Eigentümer verpflichtet, z. B. die Hypothek wurde in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen, so hat die Leistung des persönlichen Schuldners an den noch als Gläubiger legitimierten früheren Gläubiger die gleiche Wirkung, wie wenn dieser noch wahrer Gläubiger wäre, der persönliche Schuldner erwirbt also eine Regreßforderung und die Hypothek.[1]) Dieses Resultat scheint eine Unbilligkeit für den Eigentümer zu enthalten, dies ist aber keineswegs der Fall, denn der Eigentümer braucht ja nur gegen Aushändigung des Hypo-

[1]) Auch Kretzschmar 3 zu § 1164 läßt anscheinend den persönlichen Schuldner in diesem Fall die Hypothek erwerben.

thekenbriefes und der sonstigen zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Urkunden leisten und hat es also in der Hand, sich gegen einen solchen Rechtsverlust zu schützen; es wäre gerade umgekehrt eine Unbilligkeit, wenn man dem persönlichen Schuldner den Schutz versagen würde.

Aber nicht nur der persönliche Schuldner wird nach § 893 geschützt, sondern auch der Lösungsberechtigte, der gemäß §§ 1150, 268 von seinem Lösungsrechte Gebrauch macht.[1]) Leistet dieser an den Gläubiger, so geht gemäß § 268 die Forderung und mit dieser gemäß §§ 401, 412, 1153 die Hypothek auf ihn über; dies gilt auch dann, wenn er an den ordnungsmäßig legitimierten Nichtgläubiger leistet. Daß der Lösungsberechtigte „auf Grund des eingetragenen Rechts" leistet, liegt eigentlich klar, denn das Lösungsrecht ist gegeben, wenn das dingliche Recht geltend gemacht wird und wird ausgeübt, damit die Durchführung des dinglichen Anspruchs vermieden werden soll.[2])

Auch dem Bürgen, der sich für eine hypothekarisch gesicherte Forderung verbürgt hat und an den als Gläubiger legitimierten Nichtgläubiger leistet, muß der § 893 zugute kommen, so daß er gemäß § 774 die Forderung und nach §§ 401, 412, 1153 auch die Hypothek kraft Gesetzes erwirbt.[3])

Man wird auch beim Bürgen sagen können, daß er „auf Grund des eingetragenen Rechts" leistet, denn er leistet an den als Gläubiger Legitimierten, weil die Hypothek ihm diesen als Gläubiger bezeichnet und mit Rücksicht auf den in Aussicht stehenden Erwerb der Hypothek. Auch hier führt nur diese Auffassung zu befriedigenden Ergebnissen. Dafür, daß man dem Bürgen den Schutz des § 893 zubilligt, spricht auch der Umstand, daß dieser sich ja Forderung und Hypothek zedieren lassen kann und daß ihm dann der Schutz der §§ 1138, 892 zugute kommt, und die Ab-

---

[1]) So auch Goldmann-Lilienthal S. 558.

[2]) Inkonsequent Goldmann-Lilienthal a. a. O., denn eigentlich müßten sie auch hier sagen, der Lösungsberechtigte leistet nicht auf Grund des eingetragenen Rechts, sondern in Ausübung des durch § 268 gegebenen Lösungsrechtes.

[3]) Über die hier nicht näher zu erörternde Frage, wie sich das Innenverhältnis zwischen Bürgen und Dritteigentümer gestaltet, s. insbesondere Strohal in DJZ. 1903 S. 376; JheringsJ. Bd. 61 S. 59 ff.

sicht des Gesetzes ist doch sicherlich nicht, den besser zu stellen, der statt des vom Gesetze bezeichneten geraden Wegs einen Umweg wählt.

Eine weitere Schutzbestimmung, die dem Eigentümer zugute kommt, ist der § 409,[1]) denn die Vorschriften des Zessionsrechts finden auf die Übertragung der Hypothekenforderung Anwendung, soweit nicht Sondervorschriften entgegenstehen (vgl. §§ 1156, 1158, 1159). Zeigt also z. B. der Gläubiger dem Eigentümer an, er habe die Hypothek an einen anderen abgetreten, so muß er diese angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist. Leistet der Eigentümer an den als Gläubiger Bezeichneten, so treten zu seinen Gunsten die gleichen Wirkungen ein, wie wenn er an den wirklichen Gläubiger geleistet hätte, es geht also gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2 die Hypothek bezw. gewäß §§ 1143, 401, 412, 1153 Forderung und Hypothek auf ihn über. Es ist aber zu beachten, daß § 409 nicht etwa eine Abtretung der Hypothek ohne Einhaltung der Formvorschriften des § 1154 ermöglicht, sondern die Anzeige an den Eigentümer hat lediglich die Wirkung, daß er den in der Anzeige Bezeichneten als Gläubiger betrachten darf, ohne Rücksicht darauf, ob er es in Wirklichkeit ist oder nicht ist. Erhebliche Bedeutung hat die Frage nach der Anwendung des § 409 nicht, denn in der Praxis kann und wird sich kein Eigentümer auf eine solche Anzeige oder auf die Vorlage einer schriftlichen Abtretungserklärung verlassen, denn hat der Gläubiger die Anzeige gemacht, nachdem er vorher die Hypothek an einen anderen als den in der Anzeige als Gläubiger Bezeichneten abgetreten hatte, so ist die Anzeige wirkungslos, denn die Anzeige muß vom Gläubiger ausgehen, und wenn der Anzeigende die Hypothek vorher abgetreten hat, so ist er zur Zeit der Anzeige nicht mehr Gläubiger; macht der Gläubiger zuerst die Anzeige und tritt dann die Hypothek an einen anderen als den Bezeichneten ab, so versagt die Einrede aus § 409 wiederum, vorausgesetzt daß der Erwerber der Hypothek gutgläubig ist, was in der Regel der Fall sein wird.

[1]) So auch Planck 1 zu § 1156, Wolff S. 483a Anm. 8; and. M. Böhmer ArchBürgR. Bd. 37 S. 221 ff., weil § 409 mit den Grundsätzen des Hypothekenrechts nicht vereinbar sei, dagegen mit Recht Wolff a. a. O.

§ 12.

IV. Teilabtretung.

Aus §§ 1151, 1152 ist zu entnehmen, daß das Gesetz die Möglichkeit der Teilung einer Hypothekenforderung und damit auch die Teilabtretung als selbstverständlich betrachtet. Eine Zustimmung des Eigentümers ist nicht erforderlich, obgleich eine solche Teilabtretung unter Umständen eine Verschlechterung der Lage des Eigentümers enthält; ein bei der 2. Lesung gestellter Antrag, Zustimmung des Eigentümers zu verlangen, wurde abgelehnt.[1])

Was die Teilabtretung bei der Buchhypothek anlangt, so gilt sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen wie der Wirkungen genau das gleiche wie für die Abtretung der Hypothek im ganzen.

Zur Abtretung eines Teiles einer Briefhypothek ist Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Hypothekenbriefs erforderlich. Den Erfordernissen der Übergabe ist auch genügt, wenn dem Zessionar Mitbesitz am Briefe eingeräumt wird.[2]) Dies ergibt sich aus der Analogie zu den §§ 1206, 1274. An Stelle der körperlichen Übergabe genügen auch hier die Übergabesurrogate: brevi manu traditio, constitutum possessorium, Vindikationszession und Vereinbarung im Sinne des § 1117 Abs. 2. Voraussetzung der Möglichkeit einer Abtretung durch Vindikationszession ist, daß dem Gläubiger ein Herausgabeanspruch bezüglich des Briefes zusteht. Das bedeutet aber nicht, daß der Gläubiger Alleineigentümer des Briefes sein müßte und Herausgabe im Sinne einer völligen Aushändigung zu verstehen wäre, sondern auch der Anspruch des Miteigentümers gegen den alleinbesitzenden Miteigentümer auf Einräumung des Mitbesitzes muß als Herausgabeanspruch im Sinne des § 931 angesehen werden. Es ist aber zu beachten, daß dem Eigentümer, wenn für die Hypothek nur teilweise Valuta geleistet wurde, oder wenn er den Gläubiger teilweise befriedigt hat oder wenn der Gläubiger

---

[1]) vgl. Prot. Bd. 3 S. 665 f.

[2]) RG. Bd. 69 S. 39; Planck 5 zu § 1154; Oberneck Bd. 2 S. 210 u. a., herrschende Ansicht.

zum Teil auf die Hypothek verzichtet hat, zwar Miteigentum am Hypothekenbrief, aber kein Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes gegen den im Besitz des Briefes befindlichen Hypothekengläubiger zusteht. Für die beiden letzteren Fälle ist dies ausdrücklich in §§ 1145, 1168 bestimmt, es muß aber für den Fall, daß die Valuta nur teilweise geleistet wurde, ebenso gelten, denn der gesetzgeberische Grund, welcher zu den Vorschriften der §§ 1145, 1168 führte, nämlich daß der Hypothekengläubiger auch über seinen Hypothekenteil uneingeschränkt soll verfügen können, ohne an die Mitwirkung des Eigentümers gebunden zu sein, und daß ihm deshalb der Brief, welcher bei Verfügungen über die Hypothek zur Legitimation des Hypothekengläubigers erforderlich ist, zum ausschließlichen Besitze verbleiben soll, trifft hier in gleicher Weise zu. Der Eigentümer hat nur einen Anspruch auf Vorlegung des Briefes an das Grundbuchamt zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs sowie einen Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft am Hypothekenbrief und Vollziehung der Teilung in Natur durch Herstellung eines Teilhypothekenbriefs. Dies ergibt sich aus allgemeinen Vorschriften (§§ 896, 749, 752, 1152) und ist für die Fälle der teilweisen Befriedigung und des teilweisen Verzichts in §§ 1145, 1168 ausdrücklich hervorgehoben. Es fragt sich, ob man nicht § 931 in der Weise analog anwenden kann, daß man eine Abtretung der dem Eigentümer zustehenden Teilhypothek durch Abtretung des eben erwähnten Anspruchs für zulässig erklärt. Man wird zur Bejahung dieser Frage kommen müssen, denn der Eigentümer ist Hypothekengläubiger, und normalerweise gewährt das Gesetz einem Rechtsinhaber auch die Verfügungsmöglichkeit über das Recht, weshalb soll nun dem Eigentümer, dem eine Hypothek zum Teil zusteht, die Verfügungsmöglichkeit genommen sein, weshalb soll der Eigentümer den Anspruch auf Herstellung eines Teilhypothekenbriefs geltend machen müssen und erst dann über sein Recht verfügen können? Wären die Bestimmungen der §§ 1145, 1168 Abs. 3 nicht gegeben, so könnte § 931 unmittelbar zur Anwendung kommen und der Eigentümer den ihm zustehenden Teil der Hypothek durch Abtretung des Anspruchs auf Einräumung des Mitbesitzes abtreten; es ist nun im Interesse des Gläubigers, um ihm die uneingeschränkte

Verfügungsmöglichkeit zu wahren, bestimmt, daß der Eigentümer kein Recht auf Einräumung des Mitbesitzes am Briefe haben soll, ob aber damit auch dem Eigentümer die Verfügungsmöglichkeit genommen werden sollte, ist sehr zweifelhaft, und es ist bedenklich, aus den Vorschriften der §§ 1145, 1168 Abs. 3 Konsequenzen zu ziehen, die dem Gesetzgeber fern lagen. Das durch §§ 1145, 1168 Abs. 3 für schutzwürdig erklärte Interesse des Gläubigers wird durchaus gewahrt, auch sonstige Interessen werden nicht verletzt. Man kann auch nicht gegen diese Auffassung geltend machen, das Gesetz habe die Übergabe des Hypothekenbriefs als Erfordernis der Abtretung statuiert, um durch den Besitz der Urkunde die Erkennbarkeit des Rechtsübergangs für alle, welche von demselben berührt werden, zu erleichtern und um den neuen Gläubiger gegen Verfügungen des bisherigen zu schützen,[1]) denn dadurch, daß das Gesetz Übergabeersatz für zulässig erklärt, hat es selbst auf die Durchführung dieses Grundgedankens verzichtet. Es sprechen also alle Gründe für eine solche analoge Anwendung des § 931. Auch bei der Teilabtretung kann die Übergabe des Hypothekenbriefs durch Vereinbarung gemäß § 1117 Abs. 2 ersetzt werden, aber auch hier ist zur Wirksamkeit der Vereinbarung erforderlich, daß wenigstens der Stammbrief in die Verfügungsmacht des Grundbuchamts gelangt. Das Gesetz läßt also eine Teilabtretung unter Verwendung des Stammbriefes zu, da dies aber leicht zu Unzuträglichkeiten führen kann,[2]) so hat das Gesetz in § 1152 die Bildung von Teilhypothekenbriefen gestattet. Berechtigt, die Herstellung eines Teilhypothekenbriefs zu beantragen, ist sowohl der Stammgläubiger wie der neue Gläubiger, und zwar, ohne daß der letztere der Zustimmung des Stammgläubigers bedürfte.[3]) Andere erklären die Zustimmung des Stammgläubigers für erforderlich[4]) und begründen dies damit, daß nach § 1152 nur

---

[1]) Mot. Bd. 3 S. 748.

[2]) Mot. Bd. 3 S. 761.

[3]) So Planck 2 zu § 1152; Predari 5 zu § 61; Biermann 1 zu § 1152; Willenbücher 2 zu § 1152; Goldmann-Lilienthal S. 566; Turnau-Förster 2 zu § 61; Kretzschmar 2 zu § 1152.

[4]) So Güthe 15 zu § 61; Fuchs 4 zu § 1152; Oberneck Bd. 2 S. 213; Komm. d. RGRäte 5 zu § 1152; Turnau-Förster 2 zu § 1152.

die Zustimmung des Eigentümers für entbehrlich erklärt sei und in den Fällen der §§ 1145, 1150, 1167, 1168 dem neuen Gläubiger ausdrücklich der Anspruch darauf gegeben sei, daß der bisherige Gläubiger den Stammbrief zwecks Herstellung eines Teilbriefs dem Grundbuchamt vorlege, daß also in den anderen Fällen dieser Anspruch an sich gesetzlich nicht bestehe, sondern nur durch eine besondere Einigung zwischen dem Stammgläubiger und dem neuen Gläubiger begründet werden könne. Die Zustimmung des Eigentümers wäre auch ohne die Vorschrift des § 1152 entbehrlich, denn wenn das Gesetz die Teilung der Hypothek ohne Zustimmung des Eigentümers zuläßt, so kann es folgerichtig auch nicht die Herstellung des Teilhypothekenbriefs von der Zustimmung des Eigentümers abhängig machen, und soweit das Gesetz keine bestimmten Voraussetzungen verlangt, sind solche auch nicht erforderlich. Die ausdrückliche Bestimmung des § 1152 wurde nur getroffen, um jeden Zweifel in dieser Richtung auszuschließen.[1]) Auch die Begründung durch Heranziehung der §§ 1145, 1150, 1167, 1168 versagt. Zur Herstellung eines Teilhypothekenbriefs ist grundbuchrechtlich (vgl. § 61 GBO.) Vorlage des Stammbriefs erforderlich, und wenn in den angeführten Paragraphen ausgesprochen ist, daß der Stammgläubiger in den betreffenden Fällen zur Briefvorlage verpflichtet sein solle, so läßt sich daraus nicht der Schluß ziehen, daß eine „Zustimmung" des Stammgläubigers zur Herstellung des Hypothekenbriefs erforderlich wäre,[2]) er ist einfach zur Briefvorlage verpflichtet, und darauf ist eine eventuelle Klage zu richten, ob er zustimmt oder nicht, ist gleichgültig, und so wenig in diesen Fällen die Zustimmung des Stammgläubigers erforderlich ist, so wenig ist sie es in den anderen Fällen. Diese Pflicht zur Briefvorlage würde sich schon aus allgemeinen Vorschriften ergeben (§§ 749, 752) und ist in den §§ 1145 ff. nur deshalb ausdrücklich erwähnt, weil die Rechte des Teilgläubigers in

[1]) vgl. Prot. Bd. 3 S. 665 f.

[2]) Auch Güthe a. a. O. sagt, daß in diesen Fällen die Zustimmung des bisherigen Gläubigers nicht erforderlich sei, und erklärt dies für eine Ausnahme. Er führt also die §§ 1145 ff. zum Beweise dafür an, daß die Zustimmung erforderlich sei, obgleich dieser Satz nach seiner eigenen Ansicht in den betreffenden Paragraphen gar nicht enthalten ist.

diesen Fällen abweichend von den allgemeinen Regeln bestimmt wurden und durch die positive Feststellung, welche Rechte ihm zustehen und welche ihm nicht zustehen sollen, eine zweifelsfreie Grenzlinie für die Rechtsstellung des Teilgläubigers gezogen werden sollte; daß das Recht auf Briefvorlage dadurch in den übrigen Fällen ausgeschlossen sein sollte, kann nicht angenommen werden, im Gegenteil, wenn sich die Vorlagepflicht nicht schon aus allgemeinen Grundsätzen ergeben würde, müßte eine analoge Anwendung der §§ 1145 ff. Platz greifen, da nicht der mindeste Grund dafür besteht, den, der durch Teilabtretung Teilgläubiger geworden ist, schlechter zu stellen als den Eigentümer, persönlichen Schuldner oder Ablösungsberechtigten, der die Hypothek teilweise erworben hat; abgesehen von all dem würde auch die Auslegung des der Abtretung zugrunde liegenden Kausalgeschäftes in der Regel eine solche Briefvorlagepflicht des Stammgläubigers ergeben. Da das Gesetz eine solche Zustimmung des Stammgläubigers nirgends vorschreibt, ist eine solche auch nicht erforderlich, und es besteht auch für eine solche Vorschrift durchaus kein praktisches Bedürfnis. Ist ein Teilhypothekenbrief ausgestellt, so tritt er für den Teil, auf den er sich bezieht, an die Stelle des bisherigen Briefes (§ 1152 Satz 2) und es gelten jetzt durchaus die gleichen Vorschriften wie für die ungeteilte Hypothek. Soll, nachdem eine Teilhypothek mittels Teilhypothekenbriefs außerhalb des Grundbuchs mehrmals abgetreten wurde, eine Eintragung ins Grundbuch erfolgen, so ist Vorlage des Teilhypothekenbriefs an das Grundbuchamt und, wenn nicht etwa eine vorhergehende Abtretnng der Teilhypothek bereits im Grundbuch eingetragen ist, auch Vorlage des Stammbriefes erforderlich (§§ 42, 62 GBO.). Über die Zuständigkeit zur Ausstellung des Teilhypothekenbriefs und die Inhaltserfordernisse s. § 61 GBO.

§ 13.

V. Abtretung der Hypothek für Nebenforderungen.

Das hypothekenbelastete Grundstück haftet nicht bloß für die Kapitalforderung, sondern auch für gewisse Nebenforderungen, und zwar kommen insbesondere in Betracht vertragliche oder

gesetzliche Zinsen, Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung (§§ 1115, 1118). Das Grundbuch gibt über diese Nebenforderungen nicht in der Weise Auskunft wie über die Hauptforderung, deshalb sind sie auch anderen Rechtssätzen unterworfen, und zwar nähert sich die Regelung den Vorschriften des allgemeinen Zessionsrechtes an.

Das Zinsrecht ist ein von dem Hauptrecht in Beziehung auf Entstehung, Bestand und Untergang durchaus abhängiges Nebenrecht und wohl zu unterscheiden von den einzelnen Zinsratenansprüchen. Die Zinsen bilden den Ertrag der Kapitalforderung, und deshalb steht normalerweise dem Gläubiger der Kapitalforderung auch das Zinsrecht zu. Aber es ist durchaus möglich, das Zinsrecht ohne die Kapitalforderung auf einen neuen Gläubiger zu übertragen oder die Kapitalforderung auf einen anderen zu übertragen und sich das Zinsrecht vorzubehalten;[1]) es ist dies ein ganz gewöhnlicher Fall der Teilabtretung und durchaus analog zu behandeln. Die entgegengesetzte Ansicht[2]) wird damit begründet, daß das Zinsrecht ein Nebenrecht der Hauptforderung, ein akzessorisches Recht sei und deshalb von der Hauptforderung nicht getrennt werden könne; es wird weiter geltend gemacht, daß das Recht auf den Zinsgenuß einer Forderung zu den von den Rechten zu unterscheidenden „Einzelbefugnissen" gehöre, die nur „im Rahmen eines bestimmten Rechtsverhältnisses" zustehen. Was den ersteren Grund anlangt, so hängt allerdings die Existenz des Zinsrechts von der Existenz der Hauptforderung ab; dies schließt aber doch nicht aus, daß das Zinsrecht und die Hauptforderung verschiedenen Personen zustehen, und weshalb das Zinsrecht kein eigentliches Recht sein soll, ist ebenfalls nicht einzusehen, denn es liegt hier wie bei jedem anderen Forderungsrecht ein Recht auf Leistung eines anderen vor (§ 241). Die selbständige Abtretbarkeit des Zinsrechts ergibt sich daraus, daß

---

[1]) So Güthe 12 zu § 26; Predari 3 zu § 61; Komm. d. RGRäte 3 zu § 1158; RG. Bd. 74 S. 78 ff.; Fuchs 7 zu § 1158; Oberneck S. 219 f.; Turnau-Förster 1 zu § 1158, 2 zu § 1159; Goldmann-Lilienthal S. 567 Anm. 84; Siméon S. 839; A. Wolff S. 37 ff. (herrschende Ansicht).

[2]) KG. in OLGRspr. Bd. 12 S. 130; Kretzschmar 6 zu § 1158; Kober 4 c zu § 1158, c zu § 1154.

das Gesetz in dieser Hinsicht keine Schranke setzt; es hat sogar im Gegenteil selbst in verschiedenen Fällen die Trennbarkeit des Zinsrechts von der Kapitalforderung anerkannt, so bei Nießbrauch an einer verzinslichen Forderung (§ 1076), bei der ehemännlichen und elterlichen Nutznießung (§§ 1383, 1649), weiter damit, daß das Zinsrecht in gewissem Umfang der Eigentümerhypothek zugänglich ist (§§ 1145 Abs. 2 Satz 1; 1178 Abs. 1); in § 101 Nr. 2 ist vorausgesetzt, daß das Zinsrecht einem anderen als dem Gläubiger zustehen kann; es ist auch allgemein anerkannt, daß zukünftige Forderungen abgetreten werden können, und was ist das Zinsrecht anders als das Recht auf die einzelnen zukünftigen Zinsraten.[1]) Es ist aber nicht nur möglich, daß Kapital und Zinsrecht getrennt wird, auch das Zinsrecht selbst kann geteilt werden, sei es der Zeit, sei es der Höhe nach; es kann z. B. die Kapitalforderung, abgetreten, das Zinsrecht aber bis zu einem gewissen, bestimmten oder unbestimmten Zeitpunkt vorbehalten werden, oder es kann vereinbart werden, daß das Zinsrecht nur bis zu einer gewissen Höhe auf den Erwerber der Forderung übergehen soll („Abtretung unter Herabsetzung des Zinsfußes"). Auch in diesen Fällen greift der Gesichtspunkt der Teilabtretung ein.[2])

Was die Abtretung der Zinsen, sei es mit, sei es ohne Kapitalforderung, im einzelnen anlangt, so müssen wir gemäß §§ 1158, 1159 drei Zinsgruppen unterscheiden, die je verschieden behandelt werden, und zwar sind auseinanderzuhalten rückständige, laufende und zukünftige Zinsen.

Rückständige Zinsen im Sinne des § 1159 sind solche, die zur Zeit der Abtretung bereits fällig sind.[3])

Es wird hier die Ansicht vertreten, daß § 1159 für das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger auch dann Anwendung finde, wenn die Zinsen erst nach

---

[1]) vgl. insbes. RG. Bd. 74 S. 78ff.

[2]) vgl. A. Wolf S. 42ff.

[3]) So die durchaus herrschende Ansicht: Goldmann-Lilienthal Bd. 2 S. 567; Komm. d. RGRäte 1 zu § 1159; Fuchs 8 zu §§ 1158, 1159; Planck 2a zu § 1159; Dernburg S. 780; Wolf S. 538f.; Endemann S. 780 Anm. 33; Wolf S. 49 und dort angef. Lit.

der Übertragung der Forderung fällig werden.[1]) Dies kann aber nicht als richtig anerkannt werden. Schon die Fassung des § 1159 in Verb. mit der des § 1158 weist deutlich darauf hin, daß die Abtretung der entscheidende Zeitpunkt sein soll. In § 1159 heißt es: „Soweit die Forderung auf Rückstände von Zinsen ... gerichtet ist, bestimmt sich die Übertragung sowie das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften". Es ist nun sprachlich unrichtig, wenn man dem Wort „Zinsrückstände" eine verschiedene Bedeutung beilegt, je nachdem es auf „Übertragung" oder auf „Rechtsverhältnis ..." bezogen wird. Was die Übertragung anlangt, so kann das Wort „Zinsrückstand" gar nicht anders verstanden werden als zur Zeit der Übertragung fällige Zinsen, und in diesem Sinne muß es notwendigerweise auch bei „Rechtsverhältnis ..." verstanden werden. Sodann ist § 1159 im Zusammenhang mit § 1158 zu betrachten; hier heißt es: „Soweit die Forderung auf Zinsen ... gerichtet ist, die nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Übertragung Kenntnis erlangt, oder dem folgenden Vierteljahr fällig werden ..."; es heißt nicht einfach „Zinsen, die in dem Vierteljahr der Kenntniserlangung oder dem folgenden Vierteljahr fällig werden", sondern es sind die Worte gebraucht „nicht später", es ist also nur ein Endtermin gegeben, und als Anfangstermin kann nur der Zeitpunkt der Abtretung in Betracht kommen. Wenn man nun die §§ 1158 u. 1159 ungezwungen betrachtet und auslegt, so muß man sagen, § 1158 gilt für die Zinsen, die nach der Abtretung fällig werden, und § 1159 gilt für die im Zeitpunkt der Abtretung bereits fälligen Zinsen. Diese Auffassung wird auch durch die Entstehungsgeschichte gestützt. § 1090 des 1. Entw. lautete: „Die Übertragung der Forderung wegen rückständiger Zinsen ... bestimmt sich nach den für die Übertragung einer nicht durch Hypothek gesicherten Forderung geltenden Vorschriften. Insbesondere finden die Vorschriften der §§ 303 bis 305 (§§ 406—408 BGB.) Anwendung; dies gilt für die Forde-

[1]) Kober 2d zu § 1159; Böhm S. 232.

rung wegen rückständiger Zinsen auch dann, wenn die Fälligkeit erst nach der Übertragung der Hauptforderung eingetreten ist". Dieser Satz 2 des § 1090 des 1. Entw. wurde im 2. Entwurf gestrichen. An dessen Stelle ist der § 1068 des 2. Entw. getreten, wo es heißt: „Soweit die Forderung auf Zinsen gerichtet ist, finden im Falle der Übertragung auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger die Vorschriften der §§ 349—351 (§§ 406—408 BGB.) Anwendung. Für Zinsen, die später als in dem Kalenderjahr, in welchem der Eigentümer von der Übertragung Kenntnis erlangt, oder dem folgenden Vierteljahr fällig werden, gilt dies jedoch nur unbeschadet der Vorschriften des § 810 (§ 892 BGB.)". Der Satz 1 des § 1090 des 1. Entw. ist im 2. Entw. als § 1069 in folgender Fassung: „Soweit die Forderung auf Rückstände von Zinsen ... gerichtet ist, bestimmt sich die Übertragung nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften". Im 2. Entw. kann also gar kein Zweifel bestehen, daß unter „Rückstände von Zinsen" nur solche zu verstehen sind, die zur Zeit der Übertragung fällig sind. Das Bürgerliche Gesetzbuch wollte dadurch, daß es in § 1159 sagte: „... Übertragung sowie das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger ...", keine sachliche Änderung bringen, sondern eben den Gegensatz zu § 1158 markant hervortreten lassen; „Übertragung" wird im engeren Sinne gebraucht für „Form der Übertragung". Nur diese Auffassung führt zu praktisch annehmbaren Ergebnissen. Aus § 1156 mit § 1158 ist zu entnehmen, daß dem Erwerber einer Hypothek der Bestand der Hypothek und des Zinsgenußrechtes von einem bestimmten in § 1158 näher bezeichneten Termine ab gewährleistet werden soll; legen wir aber den § 1159 so aus, wie dies Kober a. a. O. tut, so kommen wir zu dem Resultat, daß der Eigentümer dem Neugläubiger auch nach diesem Termin liegende, gemäß § 407 wirksame Leistungen des persönlichen Schuldners an den Altgläubiger oder vom persönlichen Schuldner nach § 407 mit dem Altgläubiger wirksam vorgenommene Rechtsgeschäfte entgegenhalten kann. Zieht man aber die Konsequenz nicht und sagt, Zinsrückstände im Sinne des § 1159 sind nur die Zinsen, die nicht nach dem in § 1158

bestimmten Termine fällig werden, so ist dies willkürlich, und die bekämpfte Auffassung hat damit ihre praktische Bedeutung verloren. Kober a. a. O. gibt folgendes Beispiel: Eine Hypothek wird am 3. April abgetreten, ohne daß der Eigentümer hiervon Kenntnis erhält; am 1. Juli zahlt er den fälligen Halbjahreszins an den bisherigen Gläubiger; der neue Gläubiger muß diese Zahlung vollständig gegen sich gelten lassen. Dies ist richtig, ergibt sich aber aus § 1158, und es ist nicht nötig, den § 1159 so auszulegen, wie es Kober tut, um zu diesem Resultat zu kommen. Zinsrückstände im Sinne des § 1159 sind also die Zinsen, die im Zeitpunkt der Abtretung bereits fällig sind.[1] Für sie gilt reines Zessionsrecht, und zwar fallen hierunter sowohl rechtsgeschäftliche wie gesetzliche Zinsen, wie auch gemäß § 1146 geschuldete Verzugszinsen. Sie können also gemäß § 398 formlos auf einen anderen übertragen werden; wird die Form des § 1154 gewahrt oder die Abtretung ins Grundbuch eingetragen, so beeinträchtigt dies die Wirkung der Abtretung nicht. Eine andere Frage ist, ob eine solche Eintragung der Abtretung von Zinsrückständen ins Grundbuch zulässig ist. Dies wird allgemein verneint, weil das Grundbuch nicht dazu bestimmt sei, über die einzelnen rückständigen Zinsbeträge Auskunft zu geben,[2] man wird aber mit Güthe (12 zu § 26) anzunehmen haben, daß die Eintragung der Abtretung dann zulässig ist, wenn die Umschreibung der rückständigen Zinsen zugleich mit der der laufenden Zinsen erfolgen soll, weil in diesem Fall ja das Grundbuch nicht mehr belastet wird, als wenn der Zeitpunkt angegeben wird, von dem ab die laufenden Zinsen auf den neuen Gläubiger übergehen sollen.

Auch bezüglich der Wirkung der Abtretung gelten uneingeschränkt die §§ 398 ff.; die Anwendung der sachenrechtlichen Vorschriften ist ausgeschlossen, wer also Zinsrückstände erwirbt, kann sich nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen; die ausdrückliche Bestimmung des § 1159 Abs. 2, daß § 892 keine Anwendung finden soll, ist überflüssig, sogar fehlerhaft, da sie zu

---

[1] vgl. die eingehende Begründung von A. Wolf S. 49 ff.

[2] vgl. hierzu A. Wolf S. 84, 85.

der Anschauung verleitet, als ob die §§ 891 u. 893 Anwendung finden könnten; dies ist aber nicht der Fall, wird die Abtretung von Zinsrückständen ins Grundbuch eingetragen, so spricht nicht gemäß § 891 eine Vermutung für das Gläubigerrecht des als Erwerber Eingetragenen, leistet der Eigentümer an den als Neugläubiger eingetragenen, so wird er nicht gemäß § 893 befreit, wenn die Abtretung aus irgendeinem Grunde nichtig war. Es ist aber zu beachten, daß nur die Form der Abtretung und das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger sich nach Zessionsrecht richtet, daß aber im übrigen noch sehr wohl Raum für die Anwendung der sachenrechtlichen Vorschriften auch bei den Zinsrückständen bleibt, wenn jemand Zinsen geltend macht, die zur Zeit seiner Gläubigerschaft fällig geworden sind, so kommt ihm die Vermutung des § 891 zugute, und leistet der Eigentümer solche Zinsen an den ordnungsmäßig legitimierten Nichtgläubiger, so wird er nach § 893 befreit.[1]) Wird eine Forderung auf rückständigen Zins abgetreten, so geht nach § 401 auch die Hypothek auf den neuen Gläubiger über. Der Zusammenhang zwischen Forderung und Hypothek ist aber kein notwendiger, die Forderung kann auch ohne Hypothek übertragen werden; in diesem Falle erlischt die Hypothek, denn hier hat sie reinen Sicherungscharakter, wie z. B. die Bürgschaft und das Pfandrecht an beweglichen Sachen, und ein Auseinanderfallen von Forderung und Hypothek ist deshalb undenkbar.

Die zweite Gruppe von Zinsen sind die laufenden Zinsen, das sind mit den Worten des § 1158 die, welche nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Übertragung Kenntnis erlangt, oder dem folgenden Vierteljahr fällig werden. Daß auch die nach der Abtretung, aber vor dem kritischen Halbjahr fällig werdenden Zinsen hierher gehören, wurde

---

[1]) Diese Gedanken führten offenbar zu der Vorschrift des § 1159 Abs. 2. Dies geht aus den Mot. (Bd. 3 S. 714) hervor, wo gesagt ist, die Unanwendbarkeit des § 837 (§ 892 BGB.) auf die Forderung wegen rückständiger Zinsen müsse zur richtigen Begrenzung der Tragweite des § 1083 (§ 1138 BGB.) in dem Gesetzbuch ausgesprochen werden, dagegen liege keine Veranlassung vor, die §§ 826 u. 838 (§§ 891 u. 893) hier auszuschließen, vielmehr erscheine die Anwendung derselben auf die Zinsforderung im Interesse der Beteiligten unerläßlich.

schon oben erwähnt und ergibt sich deutlich aus der Fassung des § 1158 (es heißt dort „nicht später als in dem Kalendervierteljahr" und nicht einfach „in dem Kalendervierteljahr"). Im übrigen bestehen in der Literatur erhebliche Meinungsverschiedenheiten, welche Zinsen in diese Gruppe gehören. Nach der einen Ansicht[1]) sind es die, welche in dem zur Zeit der Kenntniserlangung laufenden und in dem folgenden Vierteljahr fällig werden, nach anderen[2]) bezieht sich § 1158 auf die Zinsen, welche für diesen Zeitraum zu entrichten sind. Beizupflichten hat man der ersten Meinung, denn der Wortlaut des Gesetzes in § 1158 ist unzweideutig, außerdem entspricht diese Auslegung der ratio des § 1158, denn durch § 1158 soll dem Eigentümer die Möglichkeit gegeben werden, daß er jederzeit ohne Einsicht des Grundbuchs und ohne Gefahr die Zinsen an den alten Gläubiger soll entrichten können;[3]) nehmen wir nun z. B. an, die Zinsen sind jährlich im voraus zu bezahlen, so könnte der Eigentümer nicht einmal die fälligen Zinsen bezahlen, ohne sich jeweils durch Eintragung ins Grundbuch oder einen Vermerk auf dem Briefe zu sichern. Wenn zur Begründung der entgegengesetzten Ansicht auf die Prot. Bd. 6 S. 253 ff. hingewiesen wird, so scheinen allerdings diese auf dem Standpunkt zu stehen, daß laufende Zinsen diejenigen sein sollen, welche für das zur Zeit der Kenntniserlangung laufende und das folgende Vierteljahr geschuldet werden; dies ist aber darauf zurückzuführen, daß die Protokolle (a. a. O.) eben den Normalfall, daß die Zinsen postnumerando entrichtet werden, im Auge haben. Wenn weiter auf die §§ 573, 574, 1123, 1124 hingewiesen wird, so sprechen diese Paragraphen gerade gegen die bekämpfte Auffassung, denn in ihnen ist unzweifelhaft ausgesprochen, daß die für das kritische Halbjahr geschuldeten Zinsen gemeint sind, während in § 1158

---

[1]) So Kober 1d zu § 1158; Planck 3c zu § 1158; Fuchs 5 zu § 1158; Komm. d. RGRäte 4 zu § 1158; Goldmann-Lilienthal S. 567; Oberneck S. 221; Crome S. 722 Anm. 16; Endemann S. 780 Anm. 35; Wolff S. 539; Siméon S. 839; A. Wolf S. 55, wohl herrschende Ansicht.

[2]) Biermann zu § 1158; Turnau-Förster 1 zu § 1158; Dernburg S. 780 Anm. 15; Willenbücher 1 zu § 1158; Maenner S. 408 Anm. 62; Böhm S. 230; Hachenburg, Vorträge S. 579; Leske S. 540.

[3]) Mot. Bd. 3 S. 714.

ausdrücklich auf die Fälligkeit abgestellt ist; auch haben wir in diesen Paragraphen anders gelagerte Fälle, dem Hypothekengläubiger soll auch der Ertrag eines Grundstücks, wozu vor allem die Miet- und Pachtzinsen gehören, zur Sicherung dienen, und es muß eine bestimmte Grenze gezogen sein, von der ab dem Hypothekengläubiger der Ertrag sichergestellt wird; dies geschieht durch die §§ 1123, 1124; bei den §§ 573, 574 handelt es sich ebenfalls um Erwerb und Schutz des Erwerbes, doch ist auch hier insofern ein Unterschied vorhanden, als über die Fälligkeit der Hypothekenzinsraten in der Regel Buch oder Brief Auskunft gibt, während dies bei den Miet- und Pachtzinsen nicht der Fall ist.

Bezüglich dieser Zinsgruppen nun sollen auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger die Vorschriften der §§ 406—408 Anwendung finden. Der Eigentümer kann also eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung gegen die Zinsforderung des neuen Gläubigers in dem Umfange des § 1158 aufrechnen, soweit eine solche Aufrechnung gemäß § 406 zulässig ist; im gleichen Umfange ist der Altgläubiger legitimiert, Leistungen in Empfang zu nehmen oder Rechtsgeschäfte mit Wirkung für den Neugläubiger abzuschließen (§ 401 Abs. 1); das in einem zwischen Eigentümer und Altgläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreit ergangene rechtskräftige Urteil muß der Neugläubiger im Umfange des § 1158 gegen sich gelten lassen, wenn der Eigentümer zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit von der Übertragung der Zinsen keine Kenntnis hatte; bei mehrmaliger Abtretung oder Übertragung der in Frage stehenden Zinsen kommt dem Eigentümer der gleiche Schutz zu wie dem Schuldner einer Forderung gemäß § 408.

Im gleichen Umfang, wie der Zessionar gegen Beeinträchtigung seines Zinsrechtes durch Vorgänge nach der Übertragung geschützt ist, genießt er auch Schutz gegenüber Einwendungen und Einreden gemäß §§ 404 (mit § 1137) und 1157, die zur Zeit der Übertragung bestanden (§ 1158 Abs. 2). Daß die §§ 406—408 in Satz 2 nochmals zitiert werden, wäre überflüssig, da § 892 sowieso nur Schutz gegenüber Einwendungen und Einreden, die zur Zeit der Übertragung bestehen, gewährt, nicht aber auch den Bestand des Rechtes gewährleistet, aber der Gesetzgeber wollte

eben dadurch von vornherein etwa entstehende Zweifel ausschließen. Man kann kurz, wenn auch ungenau sagen, die laufenden Zinsen werden in sachenrechtlicher Form, aber mit schuldrechtlicher Wirkung abgetreten; ungenau ist es deshalb, weil hier auch bezüglich des Rechtsverhältnisses zwischen Eigentümer und Neugläubiger Raum für die Anwendung der §§ 891, 893 bleibt.

Alle später fällig werdenden Zinsen sind zukünftige Zinsen, und für diese gilt reines Hypothekenrecht. Daraus, daß die nach der Abtretung fällig werdenden Zinsen hinsichtlich der Form der Abtretung hypothekenrechtlichen Vorschriften unterworfen werden, darf man aber nicht den Schluß ziehen, daß in Fällen, wo das Zinsrecht mit der Kapitalforderung abgetreten wird und hinsichtlich der Zinsen keine ausdrückliche Bestimmung ins Buch oder in die Abtretungserklärung aufgenommen wird, die Kapitalforderung allein übergeht und das Zinsrecht bei alten Gläubiger bleibt; es ist vielmehr durch Auslegung des in dem Abtretungsakt Erklärten festzustellen, ob und inwieweit die Zinsen als mitübertragen zu erachten sind.[1])

---

[1]) So auch RG. 1908, Warneyer ErgBd. S. 342 f. Nr. 454; vgl. A. Wolf S. 40 f.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.